

Mangelhafte Werkherstellung und der Neuherstellungsanspruch

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Manfred Stütz

- 1970 -

Mangelhafte Werkherstellung
und der Nachbesserungsanspruch

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Mangelhafte Werkherstellung und der Neuherstellungsanspruch

**Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig - Maximilians-Universität zu München**

**vorgelegt von
Manfred Stütz**

Referent: Prof.Dr.jur.,Dr.phil.h.c.,Dr.jur.h.c.;
hon.D.C.L. Wolfgang Kunkel

Korreferent: Prof.Dr.jur. Hermann Krause

Tag der mündlichen Prüfung: 9.2.1970



Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	XII
Einleitung	XV

Erster Teil

Die Lehre vom Neuherstellungsanspruch und von
der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften.

§ 1 Die Rechte des Bestellers aus § 633 ff BGB	1
§ 2 Die Lehren Korintzenbergs	7
§ 3 Die Lehren Korintzenbergs in Schrifttum und Rechtsprechung	12
§ 4 Die praktische Bedeutung des Neuherstel- lungsanspruchs	31
§ 5 Die praktische Bedeutung der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen	36
§ 6 Die praktischen Schwierigkeiten bei Anwen- dung der Rechte aus §§ 325 ff BGB neben je- nen aus §§ 634/635 BGB	51

Zweiter Teil

Kritik an der Lehre vom Neuherstellungsanspruch
und der Anwendbarkeit allgemeiner Vorschriften

§ 7 Die Entstehungsgeschichte der §§ 633 ff BGB	53
§ 8 Argument aus § 633 II BGB	58

§ 9	Argument aus § 480 BGB	61
§ 10	Der Erfüllungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung	64
§ 11	Veränderung der "Erfüllungslage" durch Herstellung eines mangelhaften Werkes	67
§ 12	Mangelhafte Herstellung und Leistungsverzug	71
§ 13	Die Neuherstellungspflicht als Gattungsschuld	80
§ 14	Der Neuherstellungsanspruch und die Herstellung unvertretbarer Werke	89
§ 15	Der Neuherstellungsanspruch und Unmöglichkeit aus der "Natur der Sache"	90

Dritter Teil

Schlußfolgerungen und eigene Meinung

§ 16	Die §§ 633 - 635 BGB als ausschließliche Sondervorschriften	104
§ 17	Erfüllungspflicht und Erfüllungsanspruch	107
§ 18	Interessenlage und Neuherstellungsanspruch	111
§ 19	Der Erfüllungsanspruch bei Untergang des Werkes und bei Herstellung eines aliud	115
§ 20	Die Anwendbarkeit des § 320 BGB	118
§ 21	Die Anwendbarkeit des § 286 BGB	122

Lebenslauf

Literaturverzeichnis

- Achilles-Greifff Kommentar zum BGB,
21. Auflage, Berlin 1958
- Ballerstedt Zur Lehre vom Gattungskauf,
Festschrift für Nipperdey,
Berlin 1955, S. 261 ff
- Blomeyer Allgemeines Schuldrecht,
3. Auflage, 1964 Berlin/Frankfurt
- Bode Die Abnahmepflicht des Werkbestellers,
Diss. Leipzig 1935
- Gosack Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen
Rechts,
1. Bd., Die allgemeinen Lehren und
das Recht der Forderungen,
6. Auflage 1913, Jena
- Crome System des Deutschen Bürgerlichen
Rechts,
2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse,
Tübingen/Leipzig 1902
- Dernburg Das Bürgerliche Recht des Deutschen
Reiches und Preußens,
3. Auflage, 1906/15, Halle
- Dinse Unmöglichkeit und Gefahr beim
Werkvertrag,
Diss. Halle-Wittenberg 1937

- Dochstuhl Die Gefahrtragung beim Werkvertrag
nach römischem Recht und dem Bürger-
lichen Gesetzbuche
in: Jährings Jahrbücher für die
Dogmatik des bürgerlichen Rechts,
1904 Bd. 48, S. 241 ff
- Emerich Kauf- und Werklieferungsvertrag
in: Abhandlungen zum Privatrecht und
Civilprozess des Deutschen Reiches,
herausgegeben von O. Fischer,
4. Bd., 2. Heft, Jena 1899
- Endemann Anmerkungen zum Urteil des RG
vom 2.5.1919,
Juristische Wochenschrift 1920, S.706
- Enneccerus-Wolff-
Kipp Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
Recht der Schuldverhältnisse,
18.-22. Auflage, 9. Bearbeitung,
Tübingen 1923,
Recht der Schuldverhältnisse,
2.Bd., 15.Bearbeitung, Tübingen 1958
- Ermann Handkommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch,
1. Bd., 4. Auflage, Münster 1967
- Esser Schuldrecht, Bes. Teil,
Bd. II, 3. Auflage, Karlsruhe 1969
- Fikentscher Das Schuldrecht
2. Auflage, Berlin 1969

- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts
1. Bd., Allgem. T., 9. Auflage,
München/Berlin 1966
- Frye Mängelhaftung im Werkvertrag,
Diss. Marburg 1933
- v. Gierke Deutsches Privatrecht, Schuldrecht,
3. Bd., 1895/1917
- Goldmann-Lilienthal Das Bürgerliche Gesetzbuch,
2. Auflage 1904/22
- Graue Die mangelhafte Lieferung beim
Kauf beweglicher Sachen,
Heidelberg 1964
- Grimm Schadensersatzansprüche aus § 635 BGB
und positive Vertragsverletzung,
in: Neue Juristische Wochenschrift
1968 S. 14 ff
- Heck Grundriß des Schuldrechts,
Tübingen 1929
- Hedemann Schuldrecht des BGB,
2. Auflage 1931
- Heilfron Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
Recht der Schuldverhältnisse,
3. Auflage, Berlin 1905
- Herding-Schmalzl Vertragsgestaltung und Haftung
im Bauwesen,
2. Auflage, München/Berlin 1967

- Ingenstau-Korbion Kommentar zur VOB,
5. Auflage, Düsseldorf 1968
- Kisch Die Wirkungen nachträglich eintreten-
der Unmöglichkeit der Erfüllung bei
gegenseitigen Verträgen
in: Abhandlungen zum Privatrecht
und Civilprozess, herausgegeben von
O. Fischer, Jena 1900

Besprechung von Titze, Unmöglichkeit,
in: Kritische Vierteljahresschrift,
Bd. 44 S. 559
- Kohler Lehrbuch des bürgerlichen Rechts,
2. Bd., Schuldrecht, Berlin 1906
- Korintenberg Der Mängelbeseitigungsanspruch und
der Anspruch auf Neuherstellung
beim Werkvertrag,
in: Archiv für Rechtspflege in
Sachsen, Thüringen und Anhalt,
herausgegeben von Degen und Warneyer,
4. Jahrgang, Leipzig 1927.
Erfüllung und Gewährleistung beim
Werkvertrag, Köln 1935.
Abschied von der Gewährleistung
in: Justizblatt für den OLG-Bezirk
Köln vom 15.5.1947 S. 69 ff
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts,
1. Bd., Allgemeiner Teil
2. Bd., Besonderer Teil, 9. Auflage
München 1968
- Leonhard Schuldrecht,
2. Bd., München/Leipzig 1931

- Lotmar Der Arbeitsvertrag nach dem Privat-
recht des Deutschen Reiches,
I. Bd. Leipzig 1902,
II. Bd. Leipzig 1908
- Ludwigs-Ludwigs Das Baugewerbe - Vertragsrecht und
Haftung,
Köln-Berlin 1960
- Molitor Schuldrecht,
1. Bd., Allgemeiner Teil;
2. Bd., Besonderer Teil;
6. Auflage, München/Berlin 1959
- Neumann Handausgabe des BGB,
1. Bd., 4. Auflage, Berlin 1905
- Niedermayr Die Mängelbeseitigung beim Werkver-
trag,
Diss. Greifswald 1913
- Oertmann Kommentar zum BGB,
Recht der Schuldverhältnisse
3. u. 4. Auflage Berlin 1910
4. u. 5. Auflage Berlin 1929.
Zufall bei der Werksverdingung,
in: Zeitschrift für das Privat- und
öffentliche Recht der Gegenwart,
herausgegeben von Grünhut,
24. Bd., S. 44

Erfüllungspflicht und Gewährleistung
in: Der junge Rechtsgelehrte,
11. Jahrgang, S. 353 ff, Berlin 1935
- Ortmayer Die Mängelgewähr beim Werkvertrag,
Diss. Heidelberg 1910

- Palandt Kommentar zum BGB,
28. Auflage, München 1969
- Petri Ein Beitrag zum Werklieferungsver-
trag,
in: Archiv für die civilistische
Praxis,
Bd. 109 S. 202 ff, 1912
- Planck Kommentar zum BGB,
2. Bd., Recht der Schuldverhält-
nisse,
3. Auflage, Berlin/Leipzig 1907
II.Bd., 2.Hälfte, 4.Auflage, 1928
- Pschorr Die Mängelgewähr im Werkvertrag
unter besonderer Berücksichtigung
des Garantieverprechens,
Diss. Erlangen 1932
- Rabe Anmerkungen zum Urteil LG Hamburg
v. 23.2.1966,
in: Neue Juristische Wochenschrift
1966/1970
- Reichsgerichtsräte
und Bundesrichter Kommentar zum Bürgerlichen
Gesetzbuch
I. Bd., 2. Teil, Recht der Schuld-
verhältnisse §§ 241-432,
11. Auflage, Berlin 1959
- Riezler Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen
Gesetzbuch
in: Abhandlungen zum Privatrecht und
Civilprozessrecht des Deutschen Reiches,
herausgegeben von O. Fischer,
Jena 1900.

- Riezler Der Werkvertrag in rechtsvergleichender Darstellung
in: Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Bd. 17, Berlin/Tübingen 1952
- Rosenthal-
 Bohnenberg Kommentar zum BGB,
 15. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/
 München 1965
- Ruckdeschel Die vertragswidrige Leistung beim
 Werkvertrag,
 Diss. Leipzig 1936
- Rümelin Dienstvertrag und Werkvertrag,
 Tübingen 1905
- Schäfer Gefahrtragung und Gefahrübergang
 im BGB,
 Diss. Erlangen 1932
- Schmalz1 Die Gewährleistungsansprüche des
 Bauherrn gegen den Bauunternehmer,
 Neue Juristische Wochenschrift 1965
 S. 129 ff
- Schmidt, Rudolf Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,
 2. Bd., Schuldrecht,
 2. Auflage Berlin 1953
- Schöller Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung,
 insbesondere der Schadensersatz wegen
 Nichterfüllung bei Kauf, Werkvertrag,
 Miete und Dienstvertrag nach dem BGB
 in: Beiträge zur Erläuterung des
 Deutschen Rechts, begründet von Gruchot,
 46. Jahrgang 1902

- Tölkhaus Gefahrtragung und Mängelhaftung
bei Kauf und Werkvertrag,
Diss. Göttingen 1937
- Turregg-Kraus Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
4. Auflage Berlin 1962
- Vogels Krieg und Werkvertrag
in: Deutsche Juristische Zeitschrift
Bd. 20 S. 1083 ff
- Warneyer Kommentar zum BGB,
2. Auflage, Tübingen 1932
12. Auflage,
Detmold/München/Berlin 1951
- Wasmer Die Unmöglichkeit der Leistung
beim Werkvertrag
Diss. Heidelberg 1938
- Wieczorek Kommentar zur ZPO
Bd. IV/2, Berlin 1958
- Wolff Verwaltungsrecht I
7. Auflage, München 1968
- Wüstendörfer Das Problem der hinkenden Spezies-
schuld
in: Zeitschrift für das ges. Handels-
recht und Konkursrecht
88. Bd. S. 246 ff, 1926
- Wussow Haftung und Versicherung bei der
Bauausführung,
2. Auflage, Köln-Braunsfeld 1966

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
allgem.M.	allgemeine Meinung
Anm.	Anmerkung
BGB RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	amtliche Sammlung der Entscheidungen des BGH in Zivilsachen
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
Gruch	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Grünhut	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, herausgegeben von Grünhut
h.A.	herrschende Ansicht
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
i.V.m.	in Verbindung mit

JJahrB	Jehrigs Jahrbücher
JW	Juristische Wochenzeitschrift
Justizblatt	Justizblatt für den OLG-Bezirk Köln
JZ	Juristenzeitung
KritVJahrSchr	Kritische Vierteljahresschrift
LG	Landgericht
lit.	Buchstabe
L-M	Das Nachlagewerk des Bundesgerichtshofes, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
Recht	Zeitschrift "Das Recht"
RG	Reichsgericht
RGRK	Kommentar zum BGB, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGZ	amtliche Sammlung der Reichsgerichts- rechtsprechung in Zivilsachen
Rspr	Rechtsprechung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen

WarnRspr	Warneyer, Die Rechtsprechung des RG
ZAP	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- recht und Konkursrecht

E i n l e i t u n g

Der Werkvertrag ist neben dem Kaufvertrag seit jeher einer der bedeutendsten und häufigsten Vertragstypen¹⁾. Es ist daher verständlich, daß sich die Rechtswissenschaft und die Rechtsprechung schon immer eingehend mit ihm befaßt haben, auch mit dem Problemkreis, welche Rechte der Besteller geltend machen kann, falls das Werk nicht ordnungsgemäß hergestellt wird.

Besonders in den dreißiger Jahren beschäftigte sich die Literatur eingehend mit den Folgen mangelhafter Leistung des Unternehmers. Zwischen 1927 und 1938 erschienen allein 8 Dissertationen über diesen Problemkreis²⁾.

Abgesehen von Spezialgebieten, wie beispielsweise dem Baurecht oder dem Kunst- und Urheberrecht, wurden in den letzten 30 Jahren keine neuen Überlegungen über den Komplex "mangelhafte Werkleistung" angestellt. Das scheint dafür zu sprechen, daß die Probleme des Werk-

-
- 1) vergl. Staudinger-Riedel, Vorbem. 1 zu § 631; Ermann-Wagner, Vorbem. 1 zu § 631; Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 2
 - 2) Korintenberg, Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag, 1926;
Simons, Die Mängelhaftung im Werkvertrag, 1927;
Pschorr, Die Mängelgewähr im Werkvertrag, 1932;
Frye, Mängelhaftung im Werkvertrag, 1933;
Ruckdeschel, Die vertragswidrige Leistung beim Werkvertrag, 1936; Dinse, Unmöglichkeit und Gefahrtragung beim Werkvertrag, 1937; Tölkhaus, Gefahrtragung und Mängelhaftung bei Kauf- und Werkvertrag, 1937; Wasmer, Unmöglichkeit der Leistung beim Werkvertrag, 1938

vertrages zufriedenstellend gelöst sind. Die neueren Kommentare und Lehrbücher vertreten fast einhellig zu allen Fragen die gleiche Meinung - ein seltenes Ereignis in der Rechtswissenschaft.

Diese Übereinstimmung geht entscheidend auf Korintenberg zurück, der in seiner 1926 veröffentlichten Dissertation "Der Mängelbeseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung beim Werkvertrag" und in seiner darauf aufbauenden, 1935 erschienenen Monographie "Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag" den "Erfüllungsgedanken", wie er ihn selbst nennt³⁾, als Angelpunkt der Folgen mangelhafter Werkleistung begriff und daraus die Lehre vom "Neuherstellungsanspruch" ableitete, aber damit auch die nicht weniger bedeutsame Ansicht begründete, neben den Sondervorschriften des Werkvertragsrechts über die Rechte des Bestellers im Falle nicht ordentlicher Leistung des Unternehmers seien bis zur Abnahme des Werkes die allgemeinen Vorschriften, besonders die §§ 320 ff BGB, uneingeschränkt anwendbar.

Korintenberg hat den bis zum Erscheinen seiner Bücher überwiegend abgelehnten Neuherstellungsanspruch scheinbar so eingehend und überzeugend begründet, daß sich die Lehre in kurzer Zeit mit nur wenigen Ausnahmen anschloß.

Aufgabe dieser Arbeit ist es zu untersuchen, ob und inwieweit bei Herstellung eines mangelhaften Werkes durch den Unternehmer dem Besteller Rechte zustehen, die nicht in den Vorschriften über den Werksvertrag, also den §§ 631 ff BGB, normiert sind; anders ausgedrückt, ob der Besteller gegebenenfalls vom Unternehmer die

3) vergl. Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 58, 99

Neuherstellung des Werkes verlangen und ob er die allgemeinen Rechte aus §§ 320 ff. BGB geltend machen kann.

E r s t e r T e i l

Die Lehre vom Neuherstellungsanspruch und von der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften.

§ 1 Die Rechte des Bestellers aus §§ 633 ff BGB.

An die Spitze der Untersuchung über die dem Besteller insgesamt zustehenden Rechte gehört zwangsläufig die Darstellung der ausdrücklich normierten Ansprüche in den Sondervorschriften über den Werkvertrag, §§ 631 ff BGB. Denn erst auf dieser Grundlage kann beurteilt werden, ob und inwieweit die Sonderregelung andere Rechtsbehelfe und Ansprüche zuläßt, ob weitere Rechte sinnvoll sind und der Interessenlage gerecht werden.

I. Folgt man dem Aufbau des Gesetzes, normiert § 633 II BGB den ersten Anspruch des Bestellers: er kann Beseitigung des Mangels verlangen, falls das Werk nicht von ordnungsgemäßer Beschaffenheit ist.

1.) Was ein "Werk" ist, wird in § 631 II BGB umrissen: "Werk" ist die Herstellung oder Veränderung einer Sache. Es ist jeder durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg.

"Werk" ist also ein sehr umfassender Begriff, er umschließt nicht nur sog. materielle Werke, sondern auch sog. immaterielle Werke⁴⁾.

4) Diese Begriffe haben sich seit langem eingebürgert, vergl. Dankwardt JJahrB 13/319; Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 147, 151; Dochnahl, JJahrB 48/242

Es wird an anderer Stelle erforderlich sein, den Begriff "Werk" näher zu beleuchten⁵⁾.

2.) Was ein "Mangel" ist, ergibt sich aus § 633 I BGB.

Nach dieser Vorschrift ist der Unternehmer verpflichtet, das Werk so herzustellen, daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern.

Als Fehler wird jede dem Besteller ungünstige Abweichung des Werkes von derjenigen Beschaffenheit verstanden, die die Parteien bei Vertragsschluß vorausgesetzt haben (subjektiver Fehlerbegriff); mangels einer besonderen Zweckbestimmung bei Vertragsschluß entscheidet die Abweichung von der normalen Beschaffenheit derartiger Werke (objektiver Standpunkt)⁶⁾.

3.) Der Besteller kann also verlangen, daß der Unternehmer den Mangel beseitigt.

Ohne Einfluß auf dieses Recht ist, wie sich bereits aus dem Wortlaut ergibt, ein Verschulden des Unter-

5) siehe unten § 15 S. 72 ff

6) siehe hierzu Staudinger-Riedel, § 633 Anm. 17 - 19; Soergel-Ersiek-Mühl, § 633 Anm. 11; Palandt-Thomas, § 633 Anm. 2 Aa i.V.m. § 459 Anm. 2. Teilweise wird nur auf den subjektiven (konkreten) Fehlerbegriff (u.a. Larenz, Schuldrecht II, S. 226 § 49 II) teilweise nur -so die älteren Definitionen- auf den objektiven (u.a. Oertmann § 633 Anm. 1 b; BGB RGRK § 633 Anm. 1 b) abgestellt.

nehmers⁷⁾. Seine Mängelbeseitigungspflicht besteht also auch dann, wenn der Fehler trotz Anwendung höchster Sorgfalt nicht zu vermeiden war.

Der Unternehmer kann nach Satz 2 des § 633 II BGB die Beseitigung des Mangels verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert. Unverhältnismäßigkeit liegt vor, wenn der Vorteil, den die Besserung gewährt, gegenüber dem erforderlichen Aufwand geringwertig ist⁸⁾.

II. Der Anspruch auf Mängelbeseitigung ist sozusagen das "Grundrecht"⁹⁾ des Bestellers.

Mit der Normierung dieses Anspruchs ist aber dem Besteller dann nicht gedient, wenn der Unternehmer den Mangel nicht beseitigt oder wenn die Beseitigung unmöglich ist. Die Sondervorschriften des Werkvertrages geben ihm für diese Fälle eine ganze Palette von Rechtsbehelfen in die Hand.

1.) Der Besteller kann nach § 633 III BGB den Mangel selbst beseitigen und Kostenersatz verlangen, falls

7) Unbestritten, s. Fikentscher, Schuldrecht S. 502

§ 80 II 1 a; Ermann-Wagner, § 633 Anm. 1 C; Lotmar, Arbeitsvertrag II, S. 664; Staudinger-Riedel, § 633 Anm. 22; RGZ 56/18; BGH L-M § 633 Nr. 3;

8) siehe die Entscheidung RGZ 66/167, der sich die h.A. angeschlossen hat, vergl. Oertmann § 633 Anm. 2 a; Staudinger-Riedel, § 633 Anm. 24; RGRK - Denecke § 633 Anm. 3; Korintenberg, Diss. S. 323

9) Grimm NJW 68/14: "Mutterrecht", Primärrecht; allgemein wird der Mängelbeseitigungsanspruch als "primäres Mängelrecht" bezeichnet, vergl. Esser, Schuldrecht II, S. 174, § 80 II 1 b

der Unternehmer mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist, also die Voraussetzungen der §§ 284/285 BGB vorliegen.

2.) Der Besteller kann nach § 634 BGB wandeln oder mindern, wenn

- a) er dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Behebung der Mängel gesetzt,
- b) angedroht hat, daß er nach Ablauf der Frist die Beseitigung des Mangels ablehne
- c) und der Unternehmer nicht innerhalb der Frist den Mangel beseitigt.

Wandlung und Minderung sind im Kaufrecht definiert und im einzelnen geregelt. § 634 IV BGB verweist auf diese Vorschriften und erklärt sie für entsprechend anwendbar.

Wandlung heißt demnach Rückgängigmachung des Vertrages, § 462 BGB. Nach § 467 BGB finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 ff BGB entsprechende Anwendung.

Will der Besteller wandeln, muß er beachten, daß der Mangel erheblich sein muß und das Werk in seinem Wert oder in seiner Tauglichkeit nicht nur unerheblich mindert, § 634 III BGB ¹⁰⁾.

Minderung heißt nach der Legaldefinition des § 462 BGB Herabsetzung der Gegenleistung, und zwar im Verhältnis des Wertes der Sache in mangelfreiem Zustand zum wirklichen Wert, § 472 BGB.

10) siehe RGZ 66/168; Staudinger-Riedel, § 634 Anm. 11; RGRK - Denecke § 634 Anm. 4

- 3.) Unter erheblich leichteren Voraussetzungen kann der Besteller wandeln oder mindern, falls "die Beseitigung des Mangels unmöglich ist oder vom Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Besteller gerechtfertigt wird", § 634 II BGB¹¹⁾.

In diesen Fällen braucht der Besteller keine Frist zu setzen; er kann vielmehr sofort Wandlung oder die Herabsetzung der Vergütung verlangen.

- 4.) § 635 BGB gewährt dem Besteller einen Schadensersatzanspruch, falls der Mangel auf einem Umstand beruht, den der Unternehmer zu vertreten hat, und falls die Voraussetzungen für die Wandlung und Minderung vorliegen¹²⁾.

III. Schließlich muß § 636 als ein wesentlicher und bedeutsamer Rechtsbehelf angeführt werden.

Aufgrund dieser Vorschrift kann der Besteller nach § 327 BGB vom Vertrag zurücktreten, wenn, analog zur Wandlung,

a) das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt wird und

b) der Besteller dem Unternehmer erfolglos eine Frist zur Herstellung gesetzt und angedroht hat, nach Ab-

11) vergl. hierzu Erman-Wagner, § 634 Anm. 2; Soergel-Erdsiek-Mühl, § 634 Anm. 9-12; Staudinger-Riedel, § 634 Anm. 8; wegen Interessenwegfall *n a c h* Fristsetzung siehe Frye, Die Mängelhaftung, S. 27: der Besteller könne sofort Ansprüche aus §§ 634/635 BGB geltend machen.

12) Einzelheiten siehe unten § 5 I S. 28 ff

lauf der Frist das Werk nicht mehr annehmen zu wollen.

Wichtig ist, daß ein Vertretenmüssen im Sinne eines Verschuldens des Unternehmers hinsichtlich der Verzögerung - anders als in § 326 BGB - nicht erforderlich ist¹³⁾.

Darüberhinaus erklärt § 636 BGB die allgemeinen Vorschriften über Verzug ausdrücklich für anwendbar, so daß dem Besteller der Schadensersatzanspruch des § 326 BGB zur Verfügung steht und der Unternehmer gemäß § 286 I BGB den Verzugsschaden zu tragen hat¹⁴⁾.

13) Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut; siehe RG WarnRspr 17/76; Staudinger-Riedel, § 636 Anm. 2; Enneccerus-Lehmann, S. 652 § 151 IV

14) Einzelheiten siehe unten § 12 S. 57 ff

§ 2 Die Lehren Korintenberg¹⁵⁾.

Der Katalog von Ansprüchen, die die §§ 633 ff BGB dem Besteller geben, soll nach der überwiegenden Ansicht im Schrifttum die Rechte des Bestellers bei Leistungsstörungen durch den Unternehmer nicht erschöpfend aufzählen. Bis zur Annahme des Werkes durch den Besteller sollen die allgemeinen Vorschriften uneingeschränkt Anwendung finden, insbesondere soll der Besteller einen Anspruch auf Neuherstellung haben.

Dieser Ansicht verhalf, wie bereits erwähnt, Korintenberg mit seiner Dissertation und seiner Monographie "Erfüllung und Gewährleistung beim Werkvertrag" zum Durchbruch. Da die dort entwickelten Gedankengänge von den heutigen Vertretern dieser Ansicht im wesentlichen unverändert übernommen werden, soll die Lehre vom Neuherstellungsanspruch und von der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften Korintenberg folgend dargestellt werden.

- 1.) Korintenberg sieht einen Unterschied zwischen Erfüllungspflicht und Gewährleistungspflicht. Die echten Gewährleistungspflichten beruhen unmittelbar, also ohne daß das Nichtvorhandensein des Mangels vertraglich geschuldet sei, auf einem der Gegenpartei unbekannten Sachmangel; zu diesen Gewährleistungspflichten seien die Ansprüche des Spezieskäufers auf Wandlung und Minderung zu zählen. Im Gegensatz zu diesen Gewährleistungsansprüchen stünden die Nachbesserungs- und Nachlieferungsansprüche; diese beruhen auf der

15) Im folgenden soll lediglich ein Überblick über die Ansichten Korintenbergs gegeben und die "Fundamentalsätze" aufgeführt werden. Auf Einzelheiten wird jeweils bei der Behandlung der betreffenden Probleme eingegangen.

Verletzung der Vertragspflicht, die Sache oder das Werk frei von Mängeln zu liefern. Diese Ansprüche seien auf Herbeiführung des geschuldeten Zustandes der Sache, nämlich deren Mängelfreiheit, gerichtet¹⁶⁾.

- 2.) Beim Werkvertrag gehöre die Herstellung eines mangelfreien Werkes zur Erfüllungspflicht des Unternehmers, genauso wie beim Gattungskauf die Lieferung einer fehlerlosen Sache¹⁷⁾.

Es sei ein Grundsatz des allgemeinen Erfüllungsrechts, fußend auf § 362 BGB, daß das Schuldverhältnis erst erlösche, wenn die geschuldete Leistung an den Gläubiger bewirkt sei. Dieser Grundsatz sei auch nicht durch die besonderen Regeln des Werkvertrags außer Kraft gesetzt¹⁸⁾. Die Herstellung eines mangelhaften Werkes hebe also grundsätzlich den auf Herstellung eines mangelfreien Werkes gerichteten Erfüllungsanspruch nicht auf¹⁹⁾. Die Herstellung eines mangelhaften Werkes sei demnach nur ein untauglicher Erfüllungsversuch²⁰⁾, der Unternehmer könne zwar durch Unmöglichkeit der Leistung, nicht aber durch vergebliche Bemühungen in der Richtung auf den Erfolg, wie es bereits Rümelin²¹⁾ beschrieben habe, frei werden²²⁾.

Hätte der Gesetzgeber den auf Herstellung eines mangelfreien Werkes gerichteten Erfüllungsanspruch des

16) Diss. S. 326; Erfüllung und Gewährleistung, S. 9 ff, 29 ff

17) Diss. S. 327, Erfüllung und Gewährleistung, S. 29 ff, 53

18) Diss. S. 329

19) Diss. S. 330

20) Diss. S. 340

21) Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 79

22) Diss. S. 329

Bestellers dahin einengen wollen, daß er durch Herstellung eines mangelhaften Werkes beschränkt bzw. aufgehoben würde, sei nicht einzusehen, warum § 640 BGB die Abnahmepflicht des Bestellers an ein vertragmäßig hergestelltes, also mangelfreies Werk knüpfe. Vielmehr sei aus § 640 BGB der sichere Schluß zu ziehen, daß nach dem Willen des Gesetzes nur ein mangelfreies Werk grundsätzlich als zur Erfüllung geeignet angesehen werden solle²³⁾.

Lasse der Besteller das mangelhafte Werk nicht als Erfüllung gelten und mache er den vollen ursprünglichen, auf Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes gerichteten Erfüllungsanspruch geltend, sei der Unternehmer ausreichend durch den auf diesen Anspruch anzuwendenden § 633 II 2, wonach der Unternehmer eine Mängelbeseitigung bei unverhältnismäßigem Aufwand verweigern kann, geschützt; dies ergebe sich aus § 320 II BGB, der denselben Grundgedanken zum Ausdruck bringe wie § 633 II 2 BGB²⁴⁾.

Mit der Abnahme des Werkes durch den Besteller konzentrierte sich dessen Erfüllungsanspruch auf das nicht mehr nur in der Vorstellung der Parteien existierende, sondern in die Wirklichkeit getretene Werk. Denn mit der Abnahme diene nach dem Willen der Parteien nur noch ein ganz bestimmtes Leistungsobjekt der Herbeiführung des Erfüllungsziels, weil Abnahme nicht bloß tatsächliche Hinnahme des Werkes sei, sondern auch seine Annahme als Erfüllung, d.h. die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der Leistung als einer in der Hauptsache dem Vertrag entsprechende Erfüllung²⁵⁾.

23) Diss. S. 330

24) Diss. S. 340; Erfüllung und Gewährleistung S. 105

25) Diss. S. 330 f

3.) Aus dieser Sicht des "Erfüllungsproblems", wie es Korintenberg²⁶⁾ mehrfach nennt, ergeben sich für ihn zwangsläufig mehrere Konsequenzen.

a) Könne der Mangel eines Werkes nicht beseitigt werden, sei aber eine Neuherstellung möglich, sei der Unternehmer zur Neuherstellung verpflichtet. Dieser Anspruch des Bestellers sei seiner Natur nach nichts anderes als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch. Denn der Besteller könne so lange auf Erfüllung bestehen, bis er ein mangelfreies Werk erhalten habe oder die Herstellung unmöglich sei²⁷⁾.

b) Das gleiche müsse bei einem zufälligen Untergang oder bei der Herstellung eines "aliud" gelten: auch hier werde der Erfüllungsanspruch ohne Zutun des Bestellers erst durch Unmöglichkeit erneuter, ordnungsgemäßer Herstellung zum Erlöschen gebracht²⁸⁾.

c) Zweck des Mängelbeseitigungsanspruches sei die Erreichung des Erfüllungsziels. Er sei also Ausdruck des allgemeinen Erfüllungsgrundsatzes, des reinen Erfüllungsanspruches. Er sei zwar nicht der auf Herstellung des versprochenen mangelfreien Werkes gerichtete ursprüngliche Erfüllungsanspruch des Bestellers, aber er sei ein je nach dem Umfang des Mangels bald enger bald weiterer Ausschnitt aus demselben²⁹⁾.

26) Erfüllung und Gewährleistung, S. 54, 56. 75, 79

27) Diss. S. 335, 340, 341, 402; Erfüllung und Gewährleistung, S. 74 f, 98 f

28) Diss. S. 404; Erfüllung und Gewährleistung, S. 138 f

29) Diss. S. 339 f, 413; Erfüllung und Gewährleistung, S. 115 ff

d) Solange dem Besteller noch der Anspruch auf Erfüllung zustehe, müßten auf diesen Anspruch die allgemeinen Regeln über Unmöglichkeit und Verzug Anwendung finden. Verlange der Besteller im Falle mangelhafter Werkleistung Erfüllung des Werkvertrags durch Leistung des vereinbarten mangelfreien Werkes oder Mängelbeseitigung ohne Fristsetzung nach § 634 I, BGB so stünden ihm im Falle der Nichterfüllung die sich aus den allgemeinen Regeln, insbesondere die sich aus §§ 325/326 BGB ergebenden Rechte zu. Er habe also die Wahl, ob er den Weg der Fristsetzung des § 634 BGB beschreiten und nach fruchtlosem Ablauf die Gewährleistungsansprüche geltend machen oder ob er nach dem ursprünglichen Vertragsziel auf mangelfreier Leistung bestehen oder ob er die Rechte aus §§ 320 ff BGB geltend machen wolle³⁰⁾.

30) Diss. S. 335, 416; Erfüllung und Gewährleistung,
S. 192 ff, 199 ff

§ 3 Die Lehren Korintenberg's in Schrifttum und Rechtsprechung.

I. Überblick über die Entwicklung bis zu Korintenberg.

- 1.) Seit Schaffung des BGB bestand in Lehre und Rechtsprechung Einigkeit darüber, daß zur Erfüllungspflicht des Unternehmers die Herstellung eines mangelfreien Werkes gehöre. Die Fassung des § 633 I BGB läßt im Grunde gar keinen anderen Schluß zu.

Trotz dieser Erkenntnis wurde der Schritt von der Erfüllungspflicht des Unternehmers zum Erfüllungsanspruch des Bestellers in Form des Neuherstellungsanspruchs bei Herstellung eines mangelhaften Werkes überwiegend nicht gemacht.

Die Erklärung hierfür ist einfach: man sah in dem § 633 ff BGB eine Sonderregelung, die die Bestellerrechte bei Herstellung eines mangelhaften Werkes abschließend regle. Korintenberg wirft den Vertretern dieser Ansicht vor, sie würden nicht zwischen Gewährleistungsansprüchen und dem Erfüllungsanspruch unterscheiden. Diese unterlassene Abgrenzung ist im Ergebnis jedoch ohne besonderen Einfluß: wenn die Rechtsbehelfe in den §§ 633 ff BGB ausschließlich Sondervorschriften sind, verdrängen sie, wie später noch zu zeigen ist, die Rechte aus den allgemeinen Vorschriften, also auch den Erfüllungsanspruch in Gestalt des Neuherstellungsanspruchs.

Seit der Jahrhundertwende gibt es gewichtige Stimmen, die für die (wenigstens teilweise) Anwendung der allgemeinen Vorschriften und für die Bejahung des Neuherstellungsanspruchs eintreten.

a) EMERICH, Kauf- und Werklieferungsvertrag, 1899, rechnet schon für den Spezieskauf die Mangelfreiheit der Sache zur Leistungspflicht des Verkäufers³¹⁾.

Er sieht auch im Mängelbeseitigungsanspruch lediglich das Recht des Bestellers auf Erfüllung³²⁾. Erfülle der Unternehmer nicht, könne der Besteller nach den allgemeinen Grundsätzen über die Nichterfüllung von Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen vorgehen, also die Einrede aus § 320 BGB erheben, auf Erfüllung klagen und von dem Recht aus § 283 BGB Gebrauch machen, und Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß §§ 325/326 BGB geltend machen.

Obwohl die Sache beim Werklieferungsvertrag regelmäßig bei Vertragsschluß nur generell bestimmt sei, könne trotzdem ein Recht des Bestellers gemäß § 480 BGB auf Nachlieferung in den meisten Fällen nicht bejaht werden, weil § 633 BGB nur die Befugnis gebe, durch Mängelbeseitigung Erfüllung zu verlangen, nicht aber durch das Verlangen einer Neuherstellung³³⁾.

b) RIEZLER, Der Werkvertrag nach dem BGB, 1900, erkennt, daß streng genommen Nichterfüllung des Vertrages vorliege, wenn das vom Unternehmer hergestellte Werk an einem Mangel leide. Folgerichtig müßten einfach die Folgen der Nichterfüllung von Verbindlichkeiten aus gegenseitigen Verträgen eintreten. Das BGB habe jedoch vom Standpunkt praktischer Zweckmäßigkeit aus in geschickter Abwägung der beiderseitigen Parteiinteressen das Problem für den Werkvertrag in selbständiger Weise gelöst³⁴⁾.

31) S. 31

32) S. 71 f

33) S. 73

34) S. 110 f

Die Ansprüche aus den allgemeinen Vorschriften der §§ 286/320/326 seien trotz der in §§ 633 ff BGB gegebenen besonderen Regelung nicht ausgeschlossen³⁵⁾.

Gehe das Werk durch Zufall unter, müsse die Frage, ob der Unternehmer das Werk wieder herstellen oder ausbessern müsse, mangels Parteiabrede gemäß § 242 BGB entschieden werde. Der im römischen Rechte mehrfach zum Ausdruck gelangte Gedanken, daß in dubio die dem Schuldner minder lästige Verpflichtung anzunehmen sei, würde hier seine innere Berechtigung erweisen und häufig zur Verneinung einer Verpflichtung des Unternehmers führen³⁶⁾.

c) KISCH, Nachträgliche Unmöglichkeit, 1900, sieht in einer mangelhaften Leistung eine ungenügende Erfüllung. Je nachdem könne teilweise oder völlige Unmöglichkeit vorliegen³⁷⁾.

Beruhe der Mangel auf einem Umstand, den der Unternehmer zu vertreten habe, so könne der Besteller nach den allgemeinen Bestimmungen über Unmöglichkeit Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen³⁸⁾.

Diesen Standpunkt wiederholt er in seiner Besprechung von Titze³⁹⁾, ⁴⁰⁾: es sei nur natürlich, die allgemeinen Vorschriften der §§ 323 ff BGB in Anwendung zu bringen, wenn die Nichterfüllung, die in der Fehlerhaftigkeit des Werkes zu sehen sei, zugleich eine zufällige oder verschuldete Unmöglichkeit der Leistung bedeute.

35) S. 112

36) S. 114

37) S. 193

38) S. 197

39) siehe folgende lit. d)

40) KritVJahrSchr 44/506 ff

d) TITZE, Unmöglichkeit der Leistung, 1900, ist, ausgehend von der Gefahrtragung beim Werkvertrag, der Ansicht, die Frage, ob der Unternehmer verpflichtet sei, nach Möglichkeit anstelle des untergegangenen Werkes ein anderes, gleichartiges herzustellen, lasse sich nur nach dem Inhalt des jeweiligen Schuldverhältnisses beantworten; eine bejahende Auslegungsregel lasse sich für die Fälle der sog. locatio-conductio irregularis rechtfertigen, also dann, wenn der Besteller dem Unternehmer den Stoff liefere, dieser aber das Werk auch aus einem anderen Stoff gleicher Art und Güte herstellen dürfe⁴¹⁾.

Die Anwendung der §§ 323/325/326 BGB sei neben den spezifischen Mängelansprüchen in den §§ 633/635 BGB (Sondervorschriften) nicht möglich; da der Besteller aber den Erfüllungsanspruch in Form der Mängelbeseitigungsklage habe, stehe ihm die exceptio non adimpleti contractus zu⁴²⁾.

e) Auch SCHÖLLER, Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung⁴³⁾, 1902, vertritt die Ansicht, die Herstellung eines mangelhaften Werkes sei Nichterfüllung. Das Gesetz gebe, anders als beim Kauf, einen Anspruch auf Herstellung des vertragsmäßigen Zustandes, auf Ergänzung, Nachbesserung der mangelhaften Leistung. Solange diese Herstellung noch möglich sei, gewähre es dem Besteller noch keine Rechte aus der Nichterfüllung.

Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung sei teilweise Nichterfüllung, nach fruchtlosem Ablauf der Frist zur Mängelbeseitigung liege unheilbarer Verzug in der ver-

41) S. 302

42) S. 306

43) Gruch 46/254 ff

tragsmäßigen Erfüllung vor. Trotzdem seien die allgemeinen Vorschriften nicht anwendbar, weil sonst das ganze Gewährleistungsrecht des Werkvertrags mit seinen kurzen Verjährungsfristen illusorisch gemacht würde.

f) Nach DOCHNAHL, Die Gefahrtragung beim Werkvertrag⁴⁴⁾, enthält das BGB ebenso wie die römischen Rechtsquellen im Falle des Untergangs des Werkes keine Bestimmung über eine eventuelle Herstellungspflicht. Dem Wesen des Werkvertrags müsse man jedoch den Grundsatz der Wiederherstellungspflicht des Unternehmers entnehmen⁴⁵⁾.

Beim reinen Werkvertrag entstehe bei Untergang oder nicht zu beseitigender Verschlechterung der zu bearbeitenden Sache stets eine objektive Unmöglichkeit, da die zu bearbeitende Sache vom Besteller geliefert werde. Beim Werklieferungsvertrag dagegen werde der Untergang des körperlichen Substrats in den meisten Fällen keine objektive Unmöglichkeit zur Folge haben. Individuell bestimmt sein müsse nur das Werk, nicht aber die zu bearbeitende Sache. Möge auch das Werk bereits vor Vollendung als species anzusehen sein, für den Vertrag bleibe es ersetzbar⁴⁶⁾.

g) RÜMELIN, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905⁴⁷⁾, stellt bei der Abhandlung der Gefahrtragung die Frage, ob der Unternehmer das Werk, das ihm irgendwie mißlungen sei, noch einmal ausführen müsse. Die Antwort hänge in erster Linie davon ab, ob die Ausführung noch möglich sei oder nicht, da zunächst die Grundsätze über die Unmöglichkeit der Leistung zur Anwendung ge-

44) JJahrB 48/244 ff

45) S. 304

46) S. 244 f

47) S. 47

bracht werden müßten. Sei die Herstellung des Werkes mißlungen aber möglich geblieben, so sei nach allgemeinen Regeln eine Befreiung des Schuldners nicht eingetreten. Aus den besonderen Vorschriften über den Werkvertrag sei eine solche nicht abzuleiten. Für den Mängelbeseitigungsanspruch nach § 633 BGB mache es keinen Unterschied, ob die Beseitigung des Mangels durch die Wiederholung der Arbeit oder auf einfachere Weise erfolgen könne. Es stehe in keiner Weise fest, daß die §§ 633 - 635 BGB den Werkvertrag unter Ausschluß der einschlagenden allgemeinen Regeln des Obligationenrechts regeln würden. Diese allgemeinen Regeln sagten zweifellos, daß der Schuldner zwar durch Unmöglichkeit der Leistung, aber nicht durch vergebliche Bemühungen in der Richtung der Leistung befreit werde.

h) PLANCK-ANDRÉ, dritte Auflage 1907, lehnen zwar einen Neuherstellungsanspruch ab, sie geben jedoch dem Besteller neben den Rechtsmitteln aus §§ 633 ff BGB diejenigen aus den allgemeinen Vorschriften, insbesondere die Einrede des nichterfüllten Vertrages oder die sich aus §§ 286 ff, 326 BGB ergebenden Rechte; dies sei von praktischer Bedeutung wegen der kurzen Verjährung in §§ 638/639 BGB⁴⁸⁾.

In der nachfolgenden vierten Auflage, bearbeitet von OEGG, 1928, wird diese Ansicht damit begründet, man müsse davon ausgehen, daß es nicht im Sinne des § 633 BGB liege, dem Besteller, dem hier die Wahrung seiner Interessen bei mangelhafter Werkleistung durch besondere Rechtsmittel erleichtert werde, dafür andere Rechte entziehe, die ihm unter anderen, erschweren Voraussetzungen kraft allgemeiner Vorschriften zustünden. Es sei also Sache des Bestellers, sich gege-

48) § 633 Anm. 2 a

benenfalls zu entscheiden, ob er nach Gewährleistungsrecht vorgehen oder auf die allgemeinen Vorschriften zurückgreifen wolle⁴⁹⁾.

PLANCK-OEGG aaO bringen ausführliche Nachweise über den Stand der Meinungen zu dieser Frage.

1) Nach OERTMANN, Kommentar zum BGB, 3./4. Auflage 1910, gehört die Herstellung einer fehlerfreien Sache zur Vertragspflicht des Unternehmers. Deshalb stünde ihm vor wie nach der Abnahme die Einrede des § 320 BGB zu. Deshalb könne auch der Neuherstellungsanspruch nicht in Analogie zum Spezieskauf abgelehnt werden; daß der Unternehmer durch seinen erfolglosen oder mangelhaften Ausführungsversuch von dieser Pflicht frei geworden sei, dafür lasse sich kein Rechtsgrund finden. Untergang (Mißlingen) des Werkes und Unmöglichkeit seiner Ausführung seien grundverschiedene Dinge. Der Anspruch auf Neuherstellung sei daher wenigstens bei Untergang anzuerkennen. Wollte man ihn aber bei bloßen Mängeln gleichfalls gewähren, so hieße das, der Unternehmer behielte das ursprüngliche Werk auf dem Halse, obwohl er vermutlich keine Verwendung hierfür habe. Das wäre eine Härte, die man dem Gesetz nicht zumuten könne, und die die Analogie des § 634 BGB gegen sich habe, weil derselbe Grund, der zur Einschränkung der Wandlung auf die dort aufgeführten Eventualitäten geführt habe, in gleicher Art auf den Neuherstellungsanspruch zutreffen würden. Aber auch in dieser Begrenzung könne man einen Neuherstellungsanspruch nur unter den Voraussetzungen anerkennen, die auch nach völliger Zerstörung des Werks eine Wiederherstellungspflicht des Bestellers übrig ließen⁵⁰⁾.

49) Vorbem. 4 b zu § 633 - 639

50) § 633 Anm. 2 b, 2 h

j) STAUDINGER-KOBER, Kommentar zum BGB, waren in der 7./8. Auflage 1912, der Ansicht, der Besteller könne bei mangelhaftem Werk zwar bis zur Abnahme die Einrede aus § 320 BGB erheben, bei Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung infolge eines vom Unternehmer zu vertretenden Umstandes zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß §§ 635, 325 BGB verlangen⁵¹⁾.

Ein Neuherstellungsanspruch sei jedoch nicht gegeben, weil es an einer ausdrücklichen Gesetzesvorschrift fehle; analog bestehe ein solcher Anspruch im allgemeinen auch beim Kauf nicht mit Ausnahme beim Gattungskauf, bei dem jedoch ein solches Recht nur aufgrund der besonderen Norm des § 480 gegeben sei⁵²⁾. Eine Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung i.S. des § 634 II BGB sei auch dann gegeben, wenn eine Neuherstellung erforderlich sei⁵³⁾.

k) PETRI hält in seinem 1912 erschienenen "Beitrag zum Werklieferungsvertrag"⁵⁴⁾ den Werkvertrag nach § 631 BGB als ein Speziesgeschäft, den Werklieferungsvertrag der Regel nach als ein Vertrag mit Gattungscharakter⁵⁵⁾.

Die Rechtsfolgen mangelhafter Herstellung seien verschieden, je nachdem, ob der Unternehmer im konkreten Fall der erforderlichen Erfüllungspflicht in der Hauptsache nachgekommen sei oder nicht⁵⁶⁾ bzw., beim Gattungsgeschäft, ob eine Konzentration eingetreten sei oder nicht⁵⁷⁾.

51) § 633 / III 1 a, b

52) § 633 / III 1 d

53) § 633 / I 1 c

54) AcP 109 / 202 ff

55) S. 204, 209

56) S. 203

57) S. 204, 207, 209

Im ersteren Falle könne der Besteller grundsätzlich nur den Erfüllungsanspruch geltend machen⁵⁸⁾. Da das verlangte Werk aller Regel nach allein am bestimmten Objekt oder vom bestimmten Subjekt ausgeführt werden könne, werde der Mängelbeseitigungsanspruch nur insoweit existent, als von der ursprünglichen Erfüllungspflicht ein Teil rückständig geblieben sei⁵⁹⁾.

Der Mängelbeseitigungsanspruch stelle sich als eine durch mangelhafte Vertragserfüllung herbeigeführte Modifikation des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs dar. Mit dem Mängelbeseitigungsanspruch mache man nicht d e n Erfüllungsanspruch, sondern nur einen bald engeren, bald weiteren Ausschnitt aus demselben geltend.

Beim Werkvertrag sei, weil es sich um ein Speziesgeschäft handle, ein Neuherstellungsanspruch meist ausgeschlossen⁶⁰⁾. Beim Werklieferungsvertrag sei das anders: der Besteller sei auf den Mängelbeseitigungsanspruch nur bei konzentriertem Gattungsgeschäft beschränkt. Bei Nichtkonzentration stünden Beseitigungsanspruch und Erfüllungsanspruch koordiniert beieinander, so daß danach der Besteller den Vertrag entweder als konzentriert betrachten und den Beseitigungsanspruch erheben oder aber, der tatsächlichen Rechtslage Rechnung tragend, die Folgen aus der Nichtkonzentration ziehen und auf Erfüllung klagen könne⁶¹⁾.

1) NIEDERMAYR ist in seiner 1913 erschienenen Dissertation über "Die Mängelbeseitigung beim Werkvertrage" der Ansicht, mit einem mangelhaften Werk habe der Un-

58) S. 203, 204, 207, 210

59) S. 203

60) S. 209

61) S. 210

ternehmer seine vertraglich übernommene Leistung nicht in ordnungsgemäßer Weise, ja sogar überhaupt nicht vollbracht. Daher stünden dem Besteller, auch soweit Mängel in Frage stünden, die nach den allgemeinen Vorschriften bestehenden Rechte gemäß §§ 320 ff BGB, also auch Schadensersatzansprüche aus §§ 325/326 BGB zu⁶²⁾.

Einen Neuherstellungsanspruch lehnt er mit der Begründung ab, das Gesetz habe die Tendenz, bei der einmal erfolgten, wenn auch mangelhaften Leistung stehen zu bleiben und nur diese nachträglich zur Vertragsentsprechenden zu verbessern⁶³⁾.

m) Auch COSACK, Lehrbuch des Schuldrechts, 1913, hält die allgemeinen für gegenseitige Verträge geltenden Regeln für anwendbar, wenn der Unternehmer die ihm obliegende Verpflichtung nicht erfülle. Von den Rechten, die dem Käufer einer mangelhaften Sache zukämen, fehle dem Besteller das Recht auf Umtausch⁶⁴⁾.

n) ENDEMANN stellt in seiner Besprechung⁶⁵⁾ des Reichsgerichtsurteils vom 2.5.1919 auf die Schwere der Mängel ab. Verderbten sie das Wesen oder die Identität des Werkes, liege ein aliud vor, der Besteller könne die Erfüllung der Herstellungspflicht fordern. Diese Erfüllungspflicht betreffe kein "neues Werk", sondern die Bewirkung der eigentlichen Vertragsleistung.

o) ENNECCERUS, Lehrbuch des Schuldrechts, lehnt in der 9. Bearbeitung (1923) die Neuherstellung eines mangelhaften Werkes nach Abnahme mit Bezug auf RGZ 57/276

62) S. 23

63) S. 24

64) § 148 II 3, c, S. 606

65) JW 1920 / 706

ab⁶⁶⁾. Er nimmt keine Stellung zum Neuherstellungsanspruch vor Abnahme.

Es könne nicht angenommen werden, daß dem Besteller außer den Minderungs-, Wandlungs- und Schadensersatzansprüchen der §§ 634/635 BGB auch noch die wesentlich gleiche Zwecke verfolgen und doch im einzelnen abweichenden Minderungs- und Ersatzrechte aus §§ 323 ff BGB zustehen sollten, weil dies zu unleidlichen rechtlichen und tatsächlichen Zweifeln führe.

2. Die Ansicht des Reichsgerichts.

a) Das RG nahm zu den hier interessierenden Fragen erstmals in der Entscheidung vom 18.3.1904 (RGZ 57/276 f) Stellung. Es billigte die Ansicht des Vordergerichts, beim Werkvertrag habe der Besteller, wenn der Unternehmer seine Vertragsleistung nur mangelhaft erfülle, in erster Linie einen Anspruch auf Beseitigung des Mangels, er könne (an zweiter Stelle) auch wandeln oder mindern oder gegebenenfalls Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, es sei ihm aber nicht das Recht gegeben, anstelle des mangelhaften Werkes Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes zu verlangen. Das ergebe sich unmittelbar daraus, daß das BGB in den §§ 633 - 635 BGB, in denen es die besonderen Rechte des Bestellers im Falle der Mangelhaftigkeit des hergestellten Werkes vollständig und ausschließlich regeln wolle, einen Neuherstellungsanspruch nicht aufführe, und daß aus allgemeinen Erwägungen sich ein solches Recht nicht herleiten lasse.

Der Gattungskäufer habe nur durch die ausdrückliche Vorschrift in § 480 BGB das Recht, Lieferung einer

66) § 371 I 1, S. 447

mangelfreien Sache an Stelle der gelieferten mangelhaften zu verlangen. Daraus sei zu folgern, daß beim Werkvertrag ohne eine solche ausdrückliche Vorschrift ein derartiges Recht des Bestellers sich nicht rechtfertigen lasse.

b) In der in WarnRspr 1916 S. 500 veröffentlichten Entscheidung bestätigte das Reichsgericht obige Ansicht.

c) In RGZ 95/330 wurde das Urteil der Vorinstanz aufgehoben, das dem Besteller ein Recht auf Erfüllung in Form einer Neuherstellung auch nach Ablauf der Verjährungsvorschrift des § 638 BGB gewährte.

Nach Ansicht des RG stehe dem Besteller nach Abnahme des Werkes ein Anspruch auf Erfüllung des Vertrages durch Herstellung eines neuen mangelfreien Werkes nicht mehr zu, vielmehr habe er nur die in §§ 633 - 635 BGB vorgesehenen Rechtsbehelfe. Verlange der Besteller Beseitigung eines Teils des Gesamtwerks und seine Ersetzung durch eine solche von vertragsmäßiger Beschaffenheit, so fordere er vom Unternehmer die Erfüllung der diesem aus dem Werksvertrag erwachsenen Verpflichtung zur Herstellung eines vertragsmäßigen Werkes. Dieses Verlangen stelle sich als das in § 633 BGB vorgesehene Verlangen auf Beseitigung des Mangels dar, für das in § 638 BGB die besonderen Verjährungsvorschriften gelten würden.

d) Sehr ausführlich befaßt sich das Reichsgericht in der Entscheidung vom 9.7.1923 (RGZ 107/340) mit den hier interessierenden Problemen.

Bei diesem Rechtsstreit ging es um die (Neu-)Lieferung eines kunstgeschnitzten Bücherschranks. Der Beklagte

hatte zwar einen solchen hergestellt, jedoch nicht vertragsgemäß.

Nach § 633 BGB sei der Unternehmer verpflichtet, das Werk mangelfrei herzustellen. Gegenüber der Lieferung eines dem § 633 I BGB nicht genügenden Werkes mache der Besteller den Anspruch auf Vertragserfüllung geltend, wenn er den Mangel beanstande und vertragsgemäße Beschaffenheit verlange. Der Mängelbeseitigungsanspruch aus § 633 II BGB sei rechtsgrundsätzlich zunächst lediglich auf Vertragserfüllung gerichtet. Zweifelhaft sei, ob die Mängelbeseitigung durch Neuherstellung des Werkes erfolgen müsse.

§ 633 II 1 BGB sei die Einschränkung zu entnehmen, der Besteller könne im Falle der Lieferung eines mangelhaften Werkes nur die Mängelbeseitigung, nicht Neuherstellung des Werkes verlangen. Neuherstellung solle nur ein Recht, nicht eine Pflicht des Unternehmers sein. Diese Einschränkung sei einerseits auf eine gewisse Schonung des Unternehmers, namentlich des verschuldenfreien, gerichtet und entspreche andererseits der Erfahrung, daß der Besteller vielfach kein Interesse habe, mehr als Beseitigung des Mangels zu verlangen, und daß nicht selten ein Vertragswille dahin unterstellt werden könne, die Lieferungsspflicht solle im gegebenen Falle auf die erste fertige Sache beschränkt sein. Daß jene Einschränkung vom Gesetz gewollt sei, werde auch durch den Zusammenhang mit den übrigen Vorschriften bestätigt, wofür besonders § 633 II 2 BGB und § 634 II BGB hervorgehoben seien. Wenn der Unternehmer nach der ersten dieser beiden Vorschriften die Mängelbeseitigung wegen unverhältnismäßigen Aufwands verweigern dürfe, dann müsse er erst recht die Neuherstellung verweigern dürfen, die bei vorhandener Möglichkeit, die Mängel zu beseitigen, zumeist als unverhältnismäßiger Aufwand erschei-

nen werde. Und wenn in § 634 II BGB aus der Unmöglichkeit, die Mängel zu beseitigen, nur so viel gefolgert werde, daß keine Frist zur Mängelbeseitigung gesetzt zu werden brauche, so bestätige dies, daß auch im Falle der Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung nicht ohne weiteres Neuherstellung verlangt werden könne. Hierzu sei endlich noch darauf hinzuweisen, daß in allen weiteren in diesem Zusammenhang stehenden Vorschriften des Gesetzes von der Neuherstellung des Werkes keine Rede sei.

Es sei nun aber ein Erfüllungsanspruch auf Neuherstellung nur dem mit Mängel behafteten Werke gegenüber, nicht aber schlechthin ausgeschlossen; beispielsweise sei er grundsätzlich bei Herstellung eines "aliud" gegeben.

Es bedürfe also der näheren Bestimmung, von wann ab anstelle eines auf Neuherstellung erstreckbaren vollen Erfüllungsanspruchs der nur noch auf Mängelbeseitigung beschränkte Anspruch trete.

Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift sei anzunehmen, daß die Beschränkung auf die Mängelbeseitigung nicht eintrete, solange die Erfüllungspflicht nicht wenigstens in der Hauptsache erfüllt sei, also feststehe, daß die Arbeitstätigkeit in der Richtung auf das Endziel der Vertragserfüllung entfaltet sei und zu einem dem Vertragswillen entsprechenden Erfolg geführt habe. Der Zeitpunkt der Beschränkung decke sich also mit der Abnahme im Sinne des § 640 BGB.

e) Aus diesen Urteilen wird meist der Schluß gezogen, das Reichsgericht habe grundsätzlich einen Neuherstellungsanspruch verneint.

Alle Gegner eines Neuherstellungsanspruches beziehen sich auf diese Rechtsprechung.

Wenn aber in der letztzitierten Entscheidung gefragt wird, von wann ab anstelle eines auf Neuherstellung erstreckbaren vollen Erfüllungsanspruchs der nur noch auf Mängelbeseitigung beschränkte Anspruch "trete", und wenn als Antwort diese Beschränkung mit der Abnahme eintreten soll, muß angenommen werden, daß das Reichsgericht v o r Abnahme einen Neuherstellungsanspruch nicht ablehnen würde ⁶⁷⁾.

Eine Abweichung von der heute h.A. ist in der Begründung zu sehen, mit der ein Neuherstellungsanspruch nach Abnahme abgelehnt wird: während insbesondere Korintenberg in der Abnahme den G r u n d für die Beschränkung des Bestellers auf den Mängelbeseitigungsanspruch sieht, ist für das Reichsgericht die Abnahme hauptsächlich der Zeitpunkt der Beschränkung, während der Grund hierfür sich aus den ausführlich dargelegten Argumenten gegen den Neuherstellungsanspruch ergibt ⁶⁸⁾.

II. Die Ansichten Korintenbergs haben sich in Lehre und Rechtsprechung durchgesetzt.

1.a) SIBER⁶⁹⁾ schließt sich Korintenberg mit einer et-

67) Auch die beiden anderen Entscheidungen betreffen Fälle, bei denen das Werk i.S. des RG abgenommen war; wegen der Entscheidung RGZ 57/275 vergl. den Hinweis in RGZ 107/344.

68) Auch Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 123 f, sieht keinen Widerspruch seiner Lehre zur Rspr des RG

69) Lehrbuch des Schuldrechts, 1931, S. 336 § 62 II 1; S. 342 Anm. 11 § 62 IV 1 b

was anderen Begründung an:

Da die primäre Hauptverpflichtung des Unternehmers auf Herstellung eines mangelfreien Werkes gehe, sei ein unheilbar mangelhaftes Werk eine nicht geschuldete Leistung (*aliud*), ein verbesserungsfähiges Werk sei eine unvollständige Leistung⁷⁰⁾. Der Besteller könne daher völlige Neuherstellung verlangen. Dieser Anspruch bestehe auch noch nach Annahme der Leistung, weil es keine Konkretisierung auf ein "*aliud*" gebe; der Unternehmer sei durch § 633 II 2 BGB genügend geschützt⁷¹⁾.

RUCKDESCHEL schloß sich Siber an.⁷²⁾

HEDEMANN⁷³⁾ bejahte den Neuherstellungsanspruch, weil der Erfüllungsanspruch nicht willkürlich gestrichen werden könne.

OERTMANN gab in seiner Abhandlung "Erfüllungspflicht und Gewährleistung"⁷⁴⁾ aufgrund der Ausführungen Korintenberg's seine einschränkende Haltung in seinem Kommentar⁷⁵⁾ auf und bejahte nunmehr grundsätzlich die Zuerkennung eines Neuherstellungsanspruchs.

Auch die Dissertationen von DINSE⁷⁶⁾, RUCKDESCHEL⁷⁸⁾, TÖLKHAUS⁷⁹⁾ und WASMER⁸⁰⁾ schlossen sich den Ansich-

70) § 62 / II 1, S. 336

71) § 62 / IV 1 a, S. 342

72) Die vertragswidrige Leistung, Diss., 1936, S. 44

73) Schuldrecht, 1931, § 52 II e S. 361

74) Der junge Rechtsgelehrte 1935/354 ff

75) § 633 /2

76) S. 42 ff

78) S. 44 ff; er folgt Siber, oben Anm. 69, und hält ein mangelhaftes Werk für ein "*aliud*", S. 32 ff.

79) S. 29 ff

80) S. 16 f, 21 f

ten Korintenberg an.

RIEZLER⁸¹⁾, GRAUE⁸²⁾, SCHMALZL⁸³⁾, RABE⁸⁴⁾ sind ebenfalls für den Neuherstellungsanspruch.

b) Die heute gebräuchlichen Lehrbücher, wie MOLITOR⁸⁵⁾, ENNECCERUS-LEHMANN⁸⁶⁾, LARENZ⁸⁷⁾, ESSER⁸⁸⁾, FIKENTSCHER⁸⁹⁾ bejahen alle den Neuherstellungsanspruch.

81) Werkvertrag, ZA/P 17 (1952), S. 543

82) Die mangelfreie Lieferung beim Kauf, S. 180

83) Die Gewährleistungsansprüche des Bauherrn,
NJW 65/129

84) Anmerkung zu LG Hamburg, NJW 66/1970

85) Schuldrecht II S. 91 § 11 /IV 2

86) Schuldverhältnisse S. 646 § 151 I

87) Schuldrecht II S. 226 § 49 II a. Er hebt hervor, der Beseitigungsanspruch und der Anspruch auf Neuherstellung seien keine verschiedene Ansprüche, zwischen denen der Besteller die Wahl hätte, es handle sich vielmehr um zwei Erscheinungsformen desselben Erfüllungsanspruchs, so daß der Besteller nicht die Wahl habe, sondern sich mit der für den Unternehmer weniger lästigen Beseitigung begnügen müsse, wenn diese möglich und ausreichend sei. Die von LARENZ bekämpfte Auffassung wurde zwar von Korintenberg, Diss., vertreten; in "Erfüllung und Gewährleistung" kommt er jedoch darauf nicht zurück, so daß anzunehmen ist, daß er die Ansicht in Diss. aufgegeben hat.

88) Schuldrecht II S. 174 § 80 IIa

89) Schuldrecht S. 502 § 80 II 1. Anspruchsgrundlage sei § 631 i.V.m. einer analogen Anwendung des ganzen § 633

Auch die Kommentare PALANDT⁹⁰⁾, SOERGEL-SIEBERT⁹¹⁾, ERMANN⁹²⁾ und STAUDINGER⁹³⁾ vertreten die Ansichten Korintenberg's; insbesondere der Letztgenannte gibt die Ansichten Korintenberg's sehr ausführlich wieder und schließt sich ohne Vorbehalt an.

Auch die Kommentare zur VOB HERDING-SCHMALZL⁹⁴⁾, INGENSTAU-KORBION⁹⁵⁾, LUDWIGS-LUDWIGS⁹⁶⁾ bejahen den Neuherstellungsanspruch.

2. Der BGH setzte die Rechtsprechung des Reichsgerichts fort.

a) Im Urteil vom 24.1.1956 (BGHZ 19/382, 383) erkannte er, auch ein Werk- oder Werklieferungsvertrag mit einem Künstler unterliege "grundsätzlich den Regeln der §§ 631 ff, 651 BGB mit den rechtlichen Folgen, daß der Besteller ein nicht 'vertragsgemäß hergestelltes Werk' (§ 640 BGB) nicht abzunehmen" brauche, "daß er durch die Lieferung eines solchen seinen Erfüllungsanspruch nicht" verliere.

Es ist zwar von einem Neuherstellungsanspruch nicht die Rede, wenn aber trotz Herstellung eines mangelhaften Werkes der Erfüllungsanspruch bestehen bleibt,

90) Palandt-Thomas § 633 Anm. 1

91) Soergel-Erdsiek-Mühl § 633 Anm. 1

92) Ermann-Wagner, § 633 Anm. 1 A

93) Staudinger-Riedel, § 633 Anm. 2

94) S. 440 Nr. 37/7: Neuherstellungsanspruch als "ultima ratio"

95) B 13/75, wenn auch nur sehr eingeschränkt:

Neuherstellung nur, sofern und soweit der Bauherr nicht auf andere Weise einen gerechten und zumutbaren Ausgleich zu finden vermöge.

96) S. 94

bedeutet das nichts anderes, als daß der Unternehmer grundsätzlich zur nochmaligen Herstellung verpflichtet bleibt.

b) Im Urteil vom 6.2.1958 (BGHZ 26/337, 340), betreffend die Anwendbarkeit des § 320 BGB nach Abnahme, wird ausgeführt, der Gesetzgeber eröffne die eigentlichen Gewährleistungsansprüche (auf Wandlung, Minderung oder Schadensersatz) erst in zweiter Linie; zunächst gebe es dem Besteller den Anspruch auf Beseitigung der Mängel (§§ 633 - 635 BGB). Dieser Anspruch sei ein echter Erfüllungsanspruch; er entspreche dem Anspruch des Bestellers auf "Herstellung des versprochenen Werkes" (§ 632 I, gemeint: § 631 I BGB). Das gelte auch dann, wenn das Werk schon abgenommen worden sei. Freilich bestehe dann der Anspruch auf "Herstellung des Werkes" nicht mehr schlechthin; der Anspruch habe sich vielmehr auf das abgenommene konkrete Werk in der Weise beschränkt, daß der Unternehmer dessen Mängel zu beseitigen habe.

Auch hier wird deutlich, daß der BGH v o r Abnahme den Erfüllungsanspruch bei mangelhafter Herstellung bestehen läßt.

c) Dem entsprechend heißt es im Urteil vom 24.5.1962 (L-M § 13 VOB Teil B Nr. 5), dem Kläger stehe ein Erfüllungsanspruch nicht mehr zu, weil er das Werk schon abgenommen habe.

d) Im Urteil vom 29.10.1964 wird die bisherige Ansicht bestätigt und ausgeführt, die Rechtsprechung habe nach Abnahme einen so weitgehenden Anspruch (nämlich auf Neuherstellung) verneint.

§ 4 Die praktische Bedeutung des Neuherstellungsanspruchs.

Die h.A. knüpft das Recht des Bestellers, vom Unternehmer Neuherstellung verlangen zu können, an drei wesentliche Voraussetzungen:

- a) das Werk muß an einem unheilbaren Mangel leiden, Mängelbeseitigung darf also nicht möglich sein⁹⁷⁾
- b) eine Neuherstellung darf in analoger Anwendung des § 633 II 2 BGB keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern⁹⁸⁾
- c) der Besteller darf das Werk noch nicht abgenommen haben, es darf also noch keine "Konzentration" eingetreten sein⁹⁹⁾.

97) unbestr. vergl. Korintenberg, Diss., S. 336; Larenz, Schuldrecht II S. 228 § 49 II a; Fikentscher, Schuldrecht S. 502 § 80 II 1 a; Staudinger-Riedel § 633/3; Soergel-Erdsiek-Mühl § 633 Anm. 1

98) unbestr. vergl. Korintenberg, Diss., S. 340; ders., Erfüllung und Gewährleistung, S. 105 f; Fikentscher, Schuldrecht S. 502 § 80 II 1 a; Larenz, Schuldrecht II S. 228 § 49 II a; Soergel-Erdsiek-Mühl § 633 Anm. 1; Staudinger-Riedel § 633 Anm. 2

99) unbestr. vergl. Korintenberg, Diss., S. 330 f; ders., Erfüllung und Gewährleistung, S. 128 f; Soergel-Erdsiek-Mühl § 633 Anm. 1; Staudinger-Riedel § 633 Anm. 4; Larenz, Schuldrecht II, S. 229 § 49 II a lehnt eine Konzentration ab, hält es aber für unbillig, wenn der Besteller auch noch nach Erfüllungsannahme mit einem so weitgehenden Anspruch des Bestellers rechnen müßte.

Selbstverständlich muß eine Neuherstellung überhaupt noch möglich sein.

Es erhellt auf den ersten Blick, daß auch die h.A. den Neuherstellungsanspruch nur in einer sehr begrenzten Zahl möglicher Fälle gibt.

I. Neuherstellungsanspruch bedeutet, daß der Besteller seinen Anspruch im Weigerungsfalle klagweise geltend machen kann.

1.) Im Regelfalle wird der Besteller an einer möglichst raschen Herstellung des Werkes interessiert sein. Eine Klage auf Herstellung des Werkes ist jedoch ein denkbar ungeeigneter Weg, dieses Ziel zu erreichen. Denn es braucht nicht näher dargelegt zu werden, daß es selbst unter günstigen Umständen sehr lange dauern kann, bis eine vollstreckbare Entscheidung errungen ist. Ist eine Beweisaufnahme nötig, insbesondere die Einholung von Sachverständigengutachten, kann der Besteller jahrelang um sein Recht ringen.

Der Besteller wird also gut beraten sein, wenn er das Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer über §§ 634/635 BGB zu einem Ende bringt, falls dieser nicht freiwillig und ohne Rücksicht auf die Rechtslage seinem Wunsch auf Neuherstellung nachkommt, und einen anderen Unternehmer mit der Herstellung des Werkes beauftragt.

Fortsetzung von 99):

A.A. Siber, Schuldrecht, S. 342 § 62 Anm. 11;

Ruckdeschel S. 41, die in einem unheilbaren mangelhaften Werk ein "aliud", also die Änderung des Leistungsgegenstandes sehen. Der Erfüllungsanspruch des Bestellers gehe in diesen Fällen nur bei Annahme an Erfüllungsstatt (§ 364 BGB) verloren.

Der Besteller ist, wie noch gezeigt wird, hinreichend vor Vermögenseinbußen geschützt (§§ 633 II ff, 286, 320 BGB).

- 2.) Selbst wenn der Besteller Wert darauf legen würde, daß gerade ein bestimmter Unternehmer - etwa wegen dessen besonderen fachlichen oder künstlerischen Vorzüge- das Werk herstellt, wäre er nicht gut beraten, würde er Klage auf Herstellung erheben. Denn er müßte damit rechnen, daß sich der Unternehmer nach Verurteilung aus Verärgerung bemühen würde, nur ein mittelmäßiges Werk herzustellen, wobei er nicht einmal Gefahr laufen würde, sich Mängelansprüchen aus §§ 633 ff BGB auszusetzen.
- 3.) Bei einer eventuellen Zwangsvollstreckung müßte zunächst die oft nicht einfache Frage geklärt werden, ob die vom Unternehmer vorzunehmende Handlung vertretbar ist oder nicht, um dann je nach dem gemäß § 887 oder § 888 ZPO zu vollstrecken¹⁰⁰⁾.
- 4.) Als Ergebnis ist daher festzuhalten, daß die praktische Durchsetzung des Neuherstellungsanspruchs umständlich und zeitraubend ist. Seine unmittelbare praktische Bedeutung ist also gering. Der Streit um seine Existenz hat also mehr theoretischen als praktischen Charakter. Interessanterweise findet sich nirgends ein Urteil, durch das ein Unternehmer zur Neuherstellung verurteilt worden ist.

100) Die gewöhnlichen Arbeitsleistungen aus dem Werkvertrag sind regelmäßig vertretbare Handlungen, weil es nur darauf ankommt, daß genügend Dritte vorhanden sind, die die Handlung vornehmen könnten; unvertretbar sind persönlichkeitsgebundene Handlungen, beispielsweise bei Künstlern (vergl. hierzu Wieczorek § 887 Anm. C II a 1, b 1)

II. Sämtliche Anhänger des Neuherstellungsanspruchs geben - was von ihrem Standpunkt aus zwingend ist - dem Besteller die Einrede des nichterfüllten Vertrages gemäß § 320 BGB.

Fraglich ist, ob der Neuherstellungsanspruch in Verbindung mit dieser Einrede an Bedeutung gewinnt.

Ist der Besteller an einer Neuherstellung des Werkes interessiert - nur dann ist ja der Neuherstellungsanspruch überhaupt aktuell - wird sich der Besteller nicht auf die Erhebung der Einrede aus § 320 BGB beschränken. Er wird entweder aktiv alle ihm zur Verfügung stehenden Mittel einsetzen, um den Unternehmer zur Neuherstellung zu zwingen, oder aber er wird bei Weigerung des Unternehmers eine Frist setzen und die Ablehnung weiterer Herstellung androhen, um das Vertragsverhältnis mit dem Unternehmer zu lösen; im letzteren Falle schafft er sich gegebenenfalls die Möglichkeit, das Werk anderweitig herstellen zu lassen und den Unternehmer mit eventuellen Mehrkosten und anderen Vermögenseinbußen zu belasten.

Zieht der Besteller jedoch die passive Rolle vor, muß er sich sehr in acht nehmen, daß aus seinem Verhalten nicht der Schluß gezogen wird, er habe das Werk trotz der Mängel i.S. des § 640 BGB abgenommen.

Darüberhinaus ist der Besteller in den wenigsten Fällen auf § 320 BGB angewiesen: die Einrede der Wandlung oder Minderung¹⁰¹⁾ führt zum gleichen Ziel wie § 320 BGB.

101) Die Minderung kann gegebenenfalls "auf 0" erfolgen, wenn das Werk dem Besteller keinerlei Vorteile bringt.

Da der Besteller schließlich ein mangelhaftes Werk nach der eindeutigen Fassung des § 640 BGB bei Mangelhaftigkeit nicht abzunehmen braucht, die Abnahme aber wiederum nach dem ebenso eindeutigen Wortlaut des § 641 BGB Voraussetzung für die Fälligkeit der Vergütung ist, kann der Besteller auch dann Zahlung verweigern, wenn ein Neuherstellungsanspruch abgelehnt wird.

Demnach gewinnt der Neuherstellungsanspruch auch nicht dadurch an wesentlicher Bedeutung, daß dem Besteller zusammen mit ihm die Einrede aus § 320 BGB zur Verfügung steht.

§ 5 Die praktische Bedeutung der Anwendbarkeit
der allgemeinen Vorschriften über Verzug und
Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen.

Die h.A. betrachtet den Neuherstellungsanspruch nicht isoliert. Sie begreift ihn als den "ursprünglichen Erfüllungsanspruch". Konsequenterweise erklärt sie alle jene allgemeinen Vorschriften für anwendbar, die auf den Erfüllungsanspruch anzuwenden sind, insbesondere die Rechte aus Unmöglichkeit und Verzug gemäß §§ 325 ff BGB¹⁰²⁾.

Die Lehre vom Neuherstellungsanspruch und der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften bei Herstellung eines mangelhaften Werkes haben also die gleiche Wurzel, nämlich das "Erfüllungsproblem". Im Grunde versteht also die h.A. die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften als Kehrseite der Medaille "Neuherstellungsanspruch".

Hinter dieser Lehre steht der oft als selbstverständlich angesehene Gedanke, der Besteller gewänne durch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften auf den Neuherstellungsanspruch Rechte, die über die in den Sondervorschriften der §§ 633 II ff BGB geregelten hinausgingen, also die Position des Bestellers verbes-

102) Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 192 ff, 199 ff; Staudinger-Riedel § 633 Anm. 9, 11, § 636 Anm. 1; Ermann-Wagner § 633 Anm. 1 C; Soergel-Erdsiek-Mühl § 634 Anm. 1, § 636 Anm. 1, § 633 Anm. 6, 8. Soweit hierzu eine ausdrückliche Stellungnahme fehlt (beisp.weise Larenz, Esser), jedoch der Neuherstellungsanspruch bejaht wird, ist anzunehmen, daß die allgemeinen Vorschriften Anwendung finden sollen.

serten¹⁰³⁾.

Eine solche Verbesserung wäre entscheidend, weil, wie oben gezeigt wurde, der Neuherstellungsanspruch als solcher für den Besteller nicht von besonderem Interesse ist.

Unabhängig vom Neuherstellungsanspruch könnte die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften die Position des Bestellers auch dann verbessern, wenn es lediglich um die (verzögerte oder unmögliche) Beseitigung der Mängel geht.

Von den in Betracht kommenden allgemeinen Rechten sollen zunächst die Vorschriften für gegenseitige Verträge über Unmöglichkeit, § 325 BGB, und Verzug, § 326 BGB, ausgewählt und daraufhin untersucht werden, ob und inwieweit sie dem Besteller gegenüber §§ 633 II ff BGB zusätzliche Rechte geben.

I. Als erster Schritt zur Beantwortung dieser Frage sollen der Umfang und die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 635 BGB untersucht werden.

1.) Es kommt - wie überhaupt bei den §§ 633 II ff BGB - nicht darauf an, ob die Mangelhaftigkeit des Werkes seinen Grund in den vom Unternehmer verwandten Material oder in seiner persönlichen Arbeitsleistung hat.¹⁰⁴⁾

103) vergl. Kisch KritVJahr Schr 44/560 hinsichtlich der Vorschriften über Unmöglichkeit;
Planck-Oegg, Vorbem. 4 b zu §§ 633 - 639;
Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 64

104) unbestr., vergl. BGH L-M § 633 Nr. 3;
Staudinger-Riedel § 633 Anm. 22;
Soergel-Erdsiek-Mühl § 633 Anm. 12;
Larenz, Schuldrecht II, S. 226 Anm. 2, § 49 II a

Ein Fehler liegt auch vor, wenn das Werk durch ein äußeres, nicht mit der Herstellung zusammenhängendes Ereignis in Mitleidenschaft gezogen wird ("Zufallsschäden"). SCHÖLLER¹⁰⁵⁾, der hier einen Mangel verneint und wegen teilweisen Untergangs die Vorschriften über Unmöglichkeit angewandt wissen will, muß sich entgegenhalten lassen, daß es beim Werkvertrag nur auf das Ergebnis ankommt und es gleichgültig ist, warum der Unternehmer das versprochene Ziel nicht erreicht.

2.) Die Frage, die es nun zu beantworten gilt, lautet:

Welche Fälle von Leistungsstörungen im Sinne der allgemeinen Vorschriften über Verzug und Unmöglichkeit, §§ 325 ff BGB, werden von § 635 BGB umfaßt?

Der Schadensersatzanspruch gemäß § 635 BGB setzt voraus:

- (1) einen Mangel des Werkes, der auf Umständen beruht, die der Unternehmer zu vertreten hat (§ 635 BGB),
- (2) entweder vergebliche Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung (§ 635 BGB i.V.m. § 634 I BGB)

oder

Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung, Weigerung des Unternehmers oder ein besonderes Interesse des Bestellers an der sofortigen Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs (§ 635 BGB i.V.m. § 634 II BGB).

a) Aus der Ziffer (2) erste Alternative folgt, daß § 635 BGB den Verzug des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung umfaßt. Diese Vorschrift setzt zwar nicht

¹⁰⁵⁾ Gruch 44/258

voraus, daß Verzug gemäß §§ 285/286 BGB vorliegt, der Unternehmer also die Verzögerung zu vertreten hat. Der Verzug des Unternehmers mit der Mangelbeseitigung schließt aber, was sich ohne weiteres aus der Fassung des § 635 BGB i.V.m. § 634 BGB ergibt, diese Vorschrift nicht aus.

Im übrigen wird sich der Unternehmer, wenn die Voraussetzungen des Schadensersatzanspruches nach § 635 BGB vorliegen, in praxi in Verzug befunden haben. Üblicherweise wird der Unternehmer bei Auftreten eines Mangels vom Besteller gebeten, diesen umgehend zu beseitigen. Kommt er dieser Aufforderung nicht nach, wird sie gewöhnlich wiederholt, so daß der Unternehmer dadurch in Verzug gerät, auch dann, wenn die Frist nach § 634 BGB gestellt wird, weil sie angemessen sein muß.

Der Unternehmer hat also auch dann den Mangel i.S. des § 635 BGB zu vertreten, wenn er s c h u l d - h a f t nicht die Möglichkeit einer Mängelbeseitigung nutzt. Vertreten-müssen heißt also nicht nur schuldhafte Herbeiführung des Mangels, sondern auch schuldhafte Unterlassen seiner Beseitigung.

Das ergibt sich bereits daraus, daß der maßgebliche Zeitpunkt der Ablauf der gesetzten Frist ist: zu diesem Zeitpunkt muß das Werk mangelfrei sein; ist es mangelhaft, ist das entscheidende Kriterium nur der Umstand, ob der Unternehmer bis zu diesem Zeitpunkt seiner Pflicht aus §§ 631/633 BGB, ein makelloses Werk herzustellen, aus eigenem Verschulden nachgekommen ist oder nicht. Der Tatbestand des § 635 BGB würde also zu sehr eingeengt, wollte man dem Unternehmer nur die zu vertretende Fehlleistung bei der Herstellung anlasten¹⁰⁶⁾.

106) Im Ergebnis ebenso Schöller Gruch 46/257

b) Aus Ziff. (2) zweite Alternative folgt, daß § 635 BGB auch Fälle der Unmöglichkeit umfaßt.

Der Schadensersatzanspruch nach § 635 BGB knüpft an einen Mangel an, der auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstand beruht. Im Falle der Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung kann damit nichts anderes gemeint sein, als daß der Unternehmer die Unmöglichkeit i.S. des § 325 BGB zu vertreten hat.

Können auch solche Fälle unter § 635 BGB subsummiert werden, bei denen zunächst der Unternehmer den Fehler nicht zu vertreten hat, ihm aber bei dem Versuch, den zunächst behebbaren Mangel zu beseitigen, ein zu vertretender Fehler unterläuft, so daß das Werk nicht mehr mangelfrei gemacht werden kann?

Diese Frage ist zu bejahen. Auch in diesen Fällen "nachträglicher" Unmöglichkeit beruht der Mangel "auf einem Umstand, den der Unternehmer zu vertreten hat", nämlich darauf, daß er die Möglichkeit, den Mangel zu beseitigen und - als Ergebnis seiner Bemühungen - dem Besteller ein makelloses Werk zu übergeben, zunichte gemacht hat. Da es beim Werkvertrag auf den Erfolg ankommt, ist lediglich entscheidend, ob bei dem endgültigen Mißerfolg ein vom Unternehmer zu vertretender Umstand mitgewirkt hat. Ohne Bedeutung muß bleiben, ob der Mißerfolg sich bereits bei der Herstellung zeigte oder ob er erst später eintrat.

II. Der zweite Schritt zur Beantwortung der Frage, ob die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Verzug, § 326 BGB, und Unmöglichkeit, § 327 BGB, die Position des Bestellers verbessern, ist eine Gegenüberstellung der sich jeweils aus den verschiedensten Variationen über Mangelhaftigkeit des Werkes, Verzug und Unmöglichkeit ergebenden Rechte, jeweils also gemessen an §§ 325/326 BGB bzw. §§ 634/635 BGB.

Es ergibt sich folgender Bild:

I.

Das Werk wird nicht rechtzeitig hergestellt.

§ 636 BGB läßt ausdrücklich die allgemeinen Vorschriften über Verzug bestehen. Bei dieser Fallgestaltung kann es also nicht zu Konflikten kommen.

II.

Das Werk wird zwar rechtzeitig hergestellt, ist aber mit einem Mangel behaftet.

A Die Mangelhaftigkeit ist verschuldet

1.) Der Mangel ist behebbar

a) Der Unternehmer weigert sich,
den Mangel zu beseitigen

aa) Sondervorschriften:

§ 634: Wandlung
Minderung

bb) allgemeine Vorschriften:

§§ 326/327: Rücktritt

§ 635: Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Schadensersatz wegen
Nichterfüllung

b) Veränderung der Interessenlage

aa) Sondervorschriften:
bei besonderem Interesse an der sofortigen Geltendmachung:

§ 634: Wandlung
Minderung

bb) allgemeine Vorschriften:
Interessenwegfall an der Erfüllung:

§§ 326/327: Rücktritt

§ 635: Schadensersatz wegen Nichterfüllung

Schadensersatz wegen Nichterfüllung

c) Der Besteller setzt dem Unternehmer vergeblich eine Frist mit Ablehnungsandrohung, ohne daß der Unternehmer in Verzug geraten ist

- | | |
|--|------------------------------|
| aa) Sondervorschriften: | bb) allgemeine Vorschriften: |
| § 634: Wandlung | keine Rechtsbehelfe |
| Minderung | |
| § 635: Schadensersatz wegen Nichterfüllung | |

d) Der Unternehmer ist in Verzug, der Besteller hat eine Frist mit Ablehnungsandrohung gesetzt

- | | |
|--|-------------------------------------|
| aa) Sondervorschriften: | bb) allgemeine Vorschriften: |
| § 634: Wandlung | §§ 326/327: Rücktritt |
| Minderung | |
| § 635: Schadensersatz wegen Nichterfüllung | Schadensersatz wegen Nichterfüllung |

e) Bei dem Versuch seiner Beseitigung wird der Mangel zu einem endgültigen

- | | |
|--|-------------------------------------|
| aa) Sondervorschriften: | bb) allgemeine Vorschriften: |
| § 634: Wandlung | §§ 325/327: Rücktritt |
| Minderung | |
| § 635: Schadensersatz wegen Nichterfüllung | Schadensersatz wegen Nichterfüllung |

2.) Der Mangel ist nicht behebbar

- | | |
|--|--|
| a) Sondervorschriften: | b) allgemeine Vorschriften: |
| § 634: Wandlung | aa) Neuherstellung ist unmöglich |
| Minderung | §§ 325/327: Rücktritt |
| § 635: Schadensersatz wegen Nichterfüllung | Schadensersatz wegen Nichterfüllung |
| | bb) Neuherstellung ist möglich, der Unternehmer befindet sich in Verzug und hat die Frist verstreichen lassen: |
| | § 326: Rücktritt |
| | Schadensersatz wegen Nichterfüllung |

B Die Mangelhaftigkeit ist nicht verschuldet

1.) Der Mangel ist behebbar

a) Der Unternehmer weigert sich, den
Mangel zu beseitigen:

siehe A 1.) a)

b) Interessenkollision:

siehe A 1.) b)

c) Der Unternehmer läßt die Frist ver-
streichen, ohne in Verzug zu sein

aa) Sondervorschriften:

§ 634: Wandlung
Minderung

bb) allgemeine Vorschriften:

keine Rechtsbehelfe

d) Der Unternehmer ist mit der Mangelbe-
seitigung in Verzug und läßt die ihm
gesetzte Frist verstreichen

aa) Sondervorschriften:

§ 634: Wandlung
Minderung

bb) allgemeine Vorschriften:

§§ 326/327: Rücktritt

§ 635: Schadensersatz we-
gen Nichterfüllung

Schadensersatz we-
gen Nichterfüllung

e) Beim Versuch der Mängelbeseitigung wird
der Mangel schuldhaft zum endgültigen

aa) Sondervorschriften:

§ 634: Wandlung
Minderung

bb) Neuherstellung nicht möglich

§§ 325/326: Rücktritt

§ 635: Schadensersatz we-
gen Nichterfüllung

Schadensersatz we-
gen Nichterfüllung

Neuherstellung möglich:
unter den Voraussetzungen
§§ 326/327: Rücktritt,
Schadensersatz wegen
Nichterfüllung

f) Der Mangel wird bei dem Versuch, ihn zu
beseitigen, zum endgültigen, ohne daß
der Unternehmer eine Schuld trifft

aa) Sondervorschriften:

§ 634: Wandlung
Minderung

aa) allgemeine Vorschriften:

(1) Neuherstellung nicht
möglich:

§§ 275/323: Unmöglichkeit

(2) Neuherstellung möglich

Bei schuldhafter Verlet-
zung der Neuherstellungs-
pflicht gegebenenfalls
§§ 326/327: Rücktritt,
Schadensersatz wegen
Nichterfüllung

2.) Der Mangel ist nicht behebbar

a) Sondervorschriften:

b) allgemeine Vorschriften

(1) Neuherstellung nicht
möglich:

§§ 275/323: Unmöglichkeit

(2) Neuherstellung möglich:

Bei schulhafter Verlet-
zung der Neuherstellungs-
pflicht gegebenenfalls
§§ 326/327: Rücktritt,
Schadensersatz wegen
Nichterfüllung

III. Der dritte Schritt zur Beantwortung oben gestellter Frage ist die Untersuchung, ob und inwieweit sich die Schadensersatzansprüche aus §§ 325/326 BGB von dem des § 635 BGB, und ob sich die Rücktrittsrechte aus §§ 325/326 BGB von dem Wandlungsanspruch des § 634 BGB unterscheiden.

1.) a) § 635 BGB und § 326 BGB.

Nach §§ 635/634 I BGB muß der Besteller, bevor er Schadensersatz verlangen kann, dem Unternehmer "eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Beseitigung des Mangels nach dem Ablaufe der Frist ablehne."

Nach § 326 BGB kann der Gläubiger dem sich in Verzug befindlichen Schuldner "zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne."

Nach der h.A. gehört die Mangelbeseitigung zur Erfüllungspflicht des Unternehmers. Sie ist also eine "Leistung" i.S. des § 326 BGB. Demnach bedarf es keiner weiteren Ausführungen mehr, daß die beiden eben erwähnten Voraussetzungen kongruent sind.

b) Diese Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung bewirkt bei beiden Ansprüchen, daß nach fruchtlosem Ablauf der Frist der Anspruch auf Mängelbeseitigung einerseits und der Anspruch auf "Erfüllung" andererseits ausgeschlossen sind. Da die Mängelbeseitigung nach allgemeiner Ansicht ein Fall der Erfüllung ist, unterscheiden sich beide Tatbestandsmerkmale nicht.

c) Der Umfang des Schadensersatzanspruchs nach § 635 BGB bei einer teilweisen oder gänzlichen Nichtbeseitigung des Mangels war früher umstritten.

Nach einer damals weit verbreiteten Ansicht, die auch heute noch von Staudinger-Riedel¹⁰⁷⁾ vertreten wird, bestimme sich der Geltungsbereich aus der Natur des Schadensersatzanspruchs als eines Gewährleistungsanspruchs. Der Geltungsbereich könne daher über den Rahmen des durch Fristablauf nach § 634 BGB erloschenen Mangelbeseitigungsanspruchs, an dessen Stelle er getreten sei, nicht hinausgehen. § 635 BGB gebe also nur Ersatz des Schadens, der gerade durch die dem Werk anhaftenden Mängel entstanden sei. Lediglich im Einzelfall könne der Anspruch auf das volle Erfüllungsinteresse gehen, insbesondere wenn die Annahme des mangelhaften Werks als Teileistung für den Besteller kein Interesse habe¹⁰⁸⁾.

Demgegenüber hat das Reichsgericht schon frühzeitig¹⁰⁹⁾ erkannt, der Besteller könne das mangelhafte Werk zurückweisen, so daß der Unternehmer keinen Werklohnanspruch habe.

Der BGH¹¹⁰⁾ hält die Rechtsprechung des Reichsgerichts für zutreffend. Der Besteller könne wählen, ob er das Werk in mangelhaftem Zustand behalten und daneben den durch die Mängel bedingten Schaden geltend machen oder ob er statt dessen das Werk zurückgeben und den gesamten Schaden fordern wolle.

Der Unternehmer sei genügend geschützt, weil § 635 BGB eine vergebliche Fristsetzung und ein Verschulden voraussetze. Wenn er bereits bei der kein Verschulden voraussetzenden Wandlung das Werk zurückweisen könne,

107) § 635 Anm. 6

108) vergl. hierzu Planck-Oegg § 635 Anm. 3 a;
Staudinger-Riedel aaO; Schöller Gruch 46/255

109) vergl. RGZ 58/173, 176; Recht 1920 Nr. 381;
JW 1926/985

110) BGHZ 27/215

müsse er dies erst recht bei dem weitergehenden Recht auf Schadensersatz können. Bei kleinen Mängeln verbiete § 242 BGB diese Möglichkeit.

Diese Begründung ist überzeugend. Ihr ist die neuere Literatur einhellig gefolgt¹¹¹⁾.

Da die h.A. in der mangelhaften Herstellung des Werks grundsätzlich eine teilweise Nichterfüllung und nur bei schwerer Fehlerhaftigkeit eine gänzliche Nichterfüllung sieht¹¹²⁾, kann der Besteller über § 326 BGB grundsätzlich nur dann Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen, wenn seine teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat, § 326 I 3 BGB i.V. m. § 325 I 2 BGB.

Demnach ist § 635 für den Besteller eher günstiger als § 326 BGB, weil hier im Gegensatz zu dort eine teilweise Nichterfüllung wegen Mängeln nicht in Betracht kommt, ein Interessenwegfall also nicht vorliegen muß.

d) Nach § 326 II BGB kann der Gläubiger auch ohne Fristsetzung Schadensersatz verlangen, falls die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für ihn kein Interesse mehr hat¹¹³⁾.

111) vergl. Soergel-Erdsiek-Mühl § 635 Anm. 6;

Ermann-Wagner § 635 Anm. 2;

Larenz, Schuldrecht II, S. 230 § 49 II a;

Palandt-Thomas § 635 Anm. 3

112) vergl. Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 192 f

113) vergl. hierzu Palandt-Dankelmann/Heinrich § 326 Anm. 11;

Staudinger-Kaduk § 326 Anm. 176 ff;

Ermann § 326 Anm. 8 c;

Fikentscher, Schuldrecht, S. 235 § 45 III 2 c

Nach §§ 635/634 II BGB bedarf es einer Fristbestimmung nicht, " ... wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder auf Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird"¹¹⁴⁾.

§ 326 II BGB knüpft also an den Wegfall des Erfüllungsinteresses an, während §§ 635/634 II BGB ein "besonderes Interesse" an der sofortigen Geltendmachung verlangen.

Diese unterschiedliche Formulierung hat keine praktischen Folgen, mag auch in § 326 BGB der Begriff "besonderes Interesse" fehlen. Hat eine Leistung für den Gläubiger kein Interesse mehr, hat er implizite ein "besonderes" Interesse daran, sofort die ihm zustehenden Rechte geltend machen zu können.

Schließlich sei darauf hingewiesen, daß die Regelung in § 326 BGB insofern erschwert ist gegenüber §§ 635/634 II BGB, als in § 326 BGB der Vorzug adäquate Ursache des Interessenwegfalls sein muß¹¹⁵⁾, während Vorzug für das "besondere Interesse" in § 634 II BGB ohne Einfluß ist.

e) Es ist also festzuhalten, daß § 325 BGB dem Besteller nicht mehr Rechte gibt als § 635 BGB.

114) siehe hierzu Larenz, Schuldrecht II, S. 230 § 49 IIa; RGRK-Denecke § 634 Anm. 4; BGH L-M § 634 Nr. 1; BGHZ 46/242. Die Formulierungen unterscheiden sich praktisch nicht von den in der vorigen Anmerkung zitierten. Fikentscher, Schuldrecht, S. 502 § 80 II 1b bezeichnet § 634 II als allgemeinen Rechtsgedanken und verweist auf § 326 II BGB

115) unbestritten; Soergel-Schmidt § 326 Anm. 22, 23; Staudinger-Kaduk § 326 Anm. 172; Ermann § 326 Anm. 8 c; RGZ 70/127, 131

2.) Rücktrittsrecht nach § 327 BGB und Wandlung nach § 634 BGB.

a) § 634 I 3 BGB definiert die Wandlung als "Rückgängigmachung des Vertrages". Diese Definition deckt sich mit dem Begriff "Wandlung" im Kaufrecht (§ 462 BGB). Es war daher zweckmäßig, wegen der näheren Ausgestaltung der Wandlung auf die Kaufvorschriften zu verweisen: nach § 634 IV BGB finden auf die Wandlung die für den Kauf geltenden Vorschriften der §§ 465-467, 469, 471 BGB, nach § 467 BGB finden die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 - 348, 350 - 354, 356 BGB entsprechende Anwendung.

b) Auf das Rücktrittsrecht der §§ 325/326 BGB finden gemäß § 327 1 BGB die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346-356 BGB entsprechende Anwendung.

c) Ein ins Gewicht fallender Nachteil der Wandlung gegenüber dem Rücktritt ist nicht zu sehen.

In § 467 BGB wurde die Vorschrift des § 349 BGB über die Ausübung des Rücktritts durch empfangsbedürftige Erklärung ausgenommen, weil § 465 BGB den Vollzug der Wandlung selbständig regelt: die Wandlung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer/Unternehmer auf Verlangen des Käufers/Besteller mit ihr einverstanden erklärt.

Der Unterschied liegt also darin, daß die Erklärung des Rücktritts ein Gestaltungsakt, also unwiderruflich ist¹¹⁶⁾, während das Wandlungsbegehren ein Anspruch, ein Vertragsantrag ist, der den Verkäufer bis

116) unzweifelhaft, vergl. Ermann-Westermann § 349; Soergel-Schmidt § 349/1; RGRK-Wilde § 349 Anm. 1

zur Annahme durch den Käufer nicht bindet¹¹⁷⁾).

Die Ausgestaltung der Wandlung ist also für den Besteller günstiger als die des Rücktritts, weil bis zum Einverständnis des Unternehmers oder eines rechtskräftigen Urteils je nach der Situation oder Entwicklung der Besteller vom Wandlungsbegehren auf andere Rechtsbehelfe übergehen kann und umgekehrt.

IV. Es hat sich also gezeigt, daß die §§ 325 ff BGB dem Besteller keine weiteren Rechte geben als die §§ 634/635 BGB. Die Ansprüche aus §§ 325 ff BGB sind für den Besteller also nur dann von Interesse, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 635/634 BGB nicht gegeben sind - und das ist, wenn wir nochmals einen Blick auf die schematische Darstellung werfen, bei den vielen in Betracht kommenden Variationen nur dann der Fall, wenn das Werk an einem unverschuldeten, nicht zu beseitigenden Mangel leidet und eine mögliche Neuherstellung vom Unternehmer grundlos verweigert wird. Die praktische Bedeutung der Anwendbarkeit der §§ 325 ff BGB bei mangelhafter Herstellung des Werkes ist also äußerst gering. Sie wird sicherlich von der h.A. weit überschätzt.

117) Es ist hier nicht der Platz, das Wesen der Wandlung unter eine der berühmten Theorien, nämlich Vertrags-, Herstellungs- oder Gestaltungstheorie zu subsummieren, zumal dieser Streit keine praktische Bedeutung hat; siehe zu diesem Komplex Graue S. 299 ff, Larenz S. 44 § 37 II a; Enneccerus-Lehmann S. 442 ff § 110 I; Staudinger-Ostler § 462 Anm. 4, § 465 Anm. 13; RGZ 94/327, 331; RGZ 101/71; RGZ 108/25.

§ 6 Die praktischen Schwierigkeiten bei Anwendung der Rechte aus §§ 325 ff BGB neben jenen aus §§ 634/635 BGB.

Die h.A. gibt dem Besteller das Wahlrecht, das Werk entweder zurückzuweisen, je nachdem Neuherstellung zu verlangen und gegebenenfalls die Rechte aus §§ 325 ff BGB geltend zu machen, oder aber eine "Konzentration" des Schuldverhältnisses auf das konkrete Werk herbeizuführen und die Rechte aus §§ 633 ff BGB geltend zu machen¹¹⁸⁾.

Wie soll man jedoch die Erklärung eines Bestellers werten, der vom Unternehmer, nachdem er sich anhand der einschlägigen Kommentare über seine Rechte vergewissert hat, unter Fristsetzung die "Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung" verlangt, ohne sich näheres darüber zu erklären, wie er sich das vorstellt? Verlangt er nach fruchtlosem Fristablauf Schadensersatz: ist hierfür Rechtsgrundlage §§ 325/326 BGB oder § 635 BGB?

Was ist rechtlich gemeint, wenn ein Besteller erklärt, er sage sich aufgrund dringender Interessen "vom Vertrag los"¹¹⁹⁾ und stelle das mangelhafte Werk dem Unternehmer zur Verfügung? Rücktritt mit gestaltender Wirkung nach § 327 BGB oder ein unverbindliches Wandlungsbegehren nach § 634 BGB?

Nach KORINTENBERG¹²⁰⁾, ihm folgend die h.A.¹²¹⁾, kommt

118) Daß der Besteller bereits vor endgültiger Herstellung die Beseitigung der Mängel verlangen kann, ergibt sich aus § 634 I 2 BGB.

119) Es ist erstaunlich, wie oft diese Formulierung von Laien verwandt wird!

120) Erfüllung und Gewährleistung, S. 158

121) vergl. Staudinger-Riedel § 634 Anm. 3

es auch deshalb auf eine exakte Charakterisierung des Bestellerbegehrens an, weil bereits bei Fristsetzung nach § 634 I BGB eine Konzentration eintrete, der Neuherstellungsanspruch also auf den Mängelbeseitigungsanspruch schrumpfe, während bei der Fristsetzung nach § 326 BGB der Erfüllungsanspruch - sprich: Neuherstellungsanspruch - erst nach Ablauf der Frist erlösche.

Von keinem Vertreter der h.A. wird ein Weg aufgezeigt, diese Schwierigkeiten zu lösen. Offenbar werden sie nicht gesehen.

Z w e i t e r T e i l

Kritik an der Lehre vom Neuherstellungsanspruch
und der Anwendbarkeit allgemeiner Vorschriften.

§ 7 Die Entstehungsgeschichte der §§ 633 ff BGB.

Die Überlegungen, die sich die zweite Kommission bei der Beratung der Werkvertragsvorschriften über die Folgen einer mangelhaften Unternehmerleistung machte (Mot. II S. 478 ff), sind es wert, ausführlich wiedergegeben zu werden.

Zunächst wird festgestellt, daß für eine Regelung zwei Standpunkte in Betracht kommen:

Es liege nahe, die Haftung des Veräußerers zum Vorbild zu nehmen. Andererseits sprächen die Erwägungen, daß es sich darum handle, die Folgen der Nichterfüllung einer dem Hersteller obliegenden Leistungspflicht zu regeln, dafür, als Anknüpfungspunkt die Vorschriften der §§ 368/369 über die Folgen der Nichterfüllung der Verbindlichkeit aus gegenseitigen Verträgen zu nehmen.

Anschließend werden die Ergebnisse untersucht, zu denen die beiden Standpunkte jeweils führen:

Folge man der ersten Möglichkeit, sei der Besteller berechtigt, entweder vom Vertrag zurückzutreten oder seine Gegenleistung zu mindern (§ 383) oder auch nach der sichtbar sich anbietenden Analogie des § 398 (Gattungskauf § 480 BGB) die Beseitigung des Mangels zu verlangen; daneben könne der Besteller bei Fehlen zugesicherter Eigenschaften ohne Rücksicht auf Verschulden Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, § 385.

Der zweite Standpunkt gebe dem Besteller zunächst nur das Recht, die Beseitigung des Mangels zu fordern, solange die Herstellung einer vertragsmäßigen Beschaffenheit objektiv noch möglich sei; erst dann, wenn der Unternehmer nach rechtskräftiger Verurteilung binnen einer angemessenen Frist die Beseitigung des Mangels nicht bewirke, habe der Besteller das Recht, entweder, falls er wegen der vertragswidrigen Beschaffenheit kein Interesse an der Erfüllung habe, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder unter denselben Voraussetzungen von dem Vertrag zurückzutreten (§§ 369 II, 243/242, arg. 368 II). Sei dem Unternehmer die Beseitigung des Mangels unverschuldet unmöglich, habe der Besteller grundsätzlich nur das Recht, seine Gegenleistung zu mindern (§ 368).

Die Kommission wollte sich mit keiner dieser Konsequenzen zufrieden geben. Bei der ersten Alternative erschien ihr bedenklich, daß der Besteller alternativ neben der Mängelbeseitigung das Recht auf Minderung oder Rücktritt habe, außerdem schien der Umfang des Schadenersatzes - bedingt durch das "Garantieversprechen" für zugesicherte Eigenschaften - zu groß.

Bei der zweiten Alternative sei das Rücktrittsrecht zu sehr eingeschränkt.

Diese Bedenken ließen es der Kommission nicht ratsam erscheinen, den einen oder anderen Standpunkt ausschließlich als Richtschnur zu nehmen; vielmehr seien "die an die Vertretungspflicht des Übernehmers sich knüpfende Rechtsfolgen nach Rücksichten praktischer Zweckmäßigkeit durch spezielle Vorschriften zu regeln".

I. Aus diesen Ausführungen lassen sich verschiedene wichtige Schlüsse ziehen.

- 1.) Der Kernpunkt der KORINTENBERG'schen Lehre, der "Erfüllungsgedanke", ist nicht neu. Auch der Gesetzgeber sah in einer mangelhaften Werkleistung die "Nichterfüllung einer dem Unternehmer nach dem Vertrag obliegenden Leistungspflicht."

Der Gesetzgeber hat es aber bewußt abgelehnt, die Haftung für Mängel nach den allgemeinen Vorschriften zu regeln, also die Konsequenzen - die die h.A. zieht - aus seiner Kenntnis um die "Nichterfüllung" zu ziehen. Die Kommission hielt es vielmehr für sachgerecht, einen Mittelweg zwischen den Kauf- und den allgemeinen Vorschriften einzuschlagen.

Die Anhänger der Lehre über den Neuherstellungsanspruch und die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften müssen zugeben, daß sie von den gesetzgeberischen Vorstellungen abweichen. Denn sie verlassen den "Mittelweg", indem sie die Ansprüche aus den allgemeinen und den Sondervorschriften kumulieren.

- 2.) Aus den Motiven ergibt sich, daß der Gesetzgeber dem Besteller keinen Anspruch auf Neuherstellung einräumen wollte. Die Ablehnung des Neuherstellungsanspruchs ist zwar nicht expressiv verbis ausgesprochen, diese Arbeit ergibt sich aber aus dem Zusammenhang.

In Mot. II S. 480 wird ausgeführt, die "Preußische Jurisprudenz" versage dem Besteller abweichend von den allgemeinen Bestimmungen des § 625 I, 5 ALR bei Untüchtigkeit des Werkes einen Anspruch auf Neuherstellung oder Umarbeitung, weil in den besonderen Vorschriften der §§ 947 ff, 11 ALR von einem solchen Recht auf Umarbeitung nicht die Rede sei.

Der Gesetzgeber war sich also bewußt, daß sich aus allgemeinen Vorschriften ein Neuherstellungsanspruch ergeben kann.

Wenn argumentiert wird, vom Standpunkt praktischer Zweckmäßigkeit aus betrachtet sei zunächst klar, daß kein Grund obwalte, in erster Reihe dem Besteller ein anderes Recht beizulegen als dasjenige, welches aus den allgemeinen Grundsätzen folge, nämlich das Recht, Beseitigung des Mangels zu verlangen, so muß doch daraus zwingend geschlossen werden, daß dem Besteller kein Neuherstellungsanspruch zustehen soll. Wenn dort gefolgert wird, daß sich aus den allgemeinen Vorschriften der Mängelbeseitigungsanspruch ergebe, so ist damit doch gleichzeitig gesagt, daß sich nicht mehr aus den allgemeinen Vorschriften ergibt als der Mängelbeseitigungsanspruch. Daß das "Weniger", aber nicht das "Mehr" erwähnt wird, würde jeglicher Logik widersprechen.

Wäre die Kommission anderer Ansicht gewesen, hätte sie sicherlich deutlich zum Ausdruck gebracht, daß sie die Auffassung der "Preußischen Jurisprudenz" nicht für zutreffend hielte.

- II. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß die Entstehungsgeschichte der werkvertraglichen Sondervorschriften gegen die Existenz eines Neuherstellungsanspruchs spricht.

Außerdem spricht der vom Gesetzgeber eingeschlagene "Mittelweg" zwischen den allgemeinen und den Kaufvorschriften dafür, daß die Sondervorschriften die allgemeinen Vorschriften verdrängen.

Zwar sind die Vorstellungen und Absichten des Gesetzgebers für die Auslegung nicht bindend. Immerhin gibt

die Entstehungsgeschichte einen wichtigen Hinweis für die Interpretation der Vorschriften ¹⁾.

1) vergl. BGH NJW 61/1871

§ 8 Argument aus § 633 II BGB

Die gesetzgeberischen Motive haben in der Ausgestaltung der §§ 633 ff BGB ihren Niederschlag gefunden.

1.) Das gilt insbesondere für § 633 II BGB.

In Abs. I postuliert das Gesetz eine bestimmte Beschaffenheit des Werkes. In Abs. II gibt es dem Besteller das Recht, vom Unternehmer "die Beseitigung des Mangels zu verlangen".

In der Diskussion um den Neuherstellungsanspruch wurde in dieser Vorschrift schon immer eine Einschränkung der Bestellerrechte dahingehend gesehen, daß der Besteller nur Mängelbeseitigung, nicht aber Neuherstellung verlangen kann²⁾.

Die Verfechter der h.A. halten dem entgegen, in § 633 II BGB fehle das Wörtchen "nur", eine Einschränkung der Bestellerrechte könne daher aus § 633 II BGB nicht gefolgert werden³⁾.

Dieser Einwand ist jedoch nicht überzeugend.

Die Vertreter des Neuherstellungsanspruchs definieren den Mängelbeseitigungsanspruch als einen je nach dem größeren oder kleineren Ausschnitt aus dem Erfüllungsanspruch. Der Mängelbeseitigungsanspruch ist also das "wesensgleiche minus".

Das kann aber aber doch nur bedeuten, daß die Normierung des Mängelbeseitigungsanspruchs den Neuherstel-

2) siehe insbesondere Leonhardt, Schuldrecht, S. 218; Frye S. 20; Pschorr S. 24; Emerich S. 73

3) Siehe Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 78, 121 ff; Enneccerus-Lehmann S. 647 § 151 I

lungsanspruch ausschließt; denn es kann kaum angenommen werden, daß der Gesetzgeber eine mindere Befugnis normiert, daneben aber auch die weitergehende Befugnis, die die geringere völlig in sich schließt, bestehen lassen will. Hätte der Gesetzgeber das wirklich gewollt, hätte er vernünftigerweise gleich den weitergehenden Anspruch gegeben, so daß die Erwähnung des geringeren überflüssig ist, oder, wie so oft - insbesondere in § 636 BGB -, Rechte aus den allgemeinen Vorschriften ausdrücklich bestehen lassen.

2.) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts⁴⁾ hebt zu Recht darauf ab, daß in den Sondervorschriften des Werkvertrages zwar mehrfach vom Mängelbeseitigungsanspruch, jedoch nie vom Neuherstellungsanspruch die Rede ist.

a) Nach § 633 II 2 BGB ist der Unternehmer berechtigt, die **B e s e i t i g u n g** zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

b) der nächste Absatz dieser Vorschrift gibt dem Besteller im Falle des Verzugs des Unternehmers mit der **B e s e i t i g u n g** des **M a n g e l s** ein Selbstbeseitigungsrecht.

c) Als Voraussetzung für die Geltendmachung von Wandlung oder Minderung verlangt § 634 I 1 BGB, daß dem Unternehmer zur **B e s e i t i g u n g** eines **M a n g e l s** eine angemessene Frist bestimmt ist.

d) Nach § 634 II BGB bedarf es u.a. der Bestimmung der eben erwähnten Frist nicht, wenn die **B e s e i t i g u n g** des **M a n g e l s** unmöglich ist oder vom Unternehmer verweigert wird.

4) siehe oben S. 17 ff

e) Nach fruchtlosem Ablauf der Frist ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen, § 634 I 3 BGB.

f) Der Anspruch des Bestellers auf Beseitigung eines Mangels verjährt gemäß § 638 BGB.

g) Unterzieht sich der Unternehmer der Beseitigung des Mangels, ist die Verjährung nach § 639 II BGB eine gewisse Zeit gehemmt.

h) Neben Abs. II des § 633 BGB ist also in den ihm nachfolgenden Vorschriften sieben mal ausdrücklich die "Beseitigung des Mangels" oder der "Anspruch des Bestellers auf Beseitigung des Mangels" erwähnt. Einen Hinweis auf Neuherstellung oder gar auf einen Neuherstellungsanspruch findet sich dort nicht.

Auch aus diesen Tatsachen ist nur der Schluß möglich, daß der Besteller eben nur Beseitigung des Mangels, nicht Neuherstellung verlangen kann. Der Gesetzgeber hätte sich sonst zumindest neutraler ausgedrückt, wenn er nicht gar, wie zu erwarten gewesen wäre, den Neuherstellungsanspruch ausdrücklich erwähnt hätte.

3.) Als Ergebnis ist demnach festzuhalten, daß die Normierung des Mängelbeseitigungsanspruchs in § 633 II BGB gegen die Existenz eines Neuherstellungsanspruchs spricht.

§ 9 Argument aus § 480 BGB

- I. Ein weiteres, insbesondere vom Reichsgericht vertretenes Argument gegen die Existenz eines Neuherstellungsanspruchs ist die ausdrückliche Normierung des Nachlieferungsanspruchs in § 480 BGB ⁵⁾.

Wenn im Recht des Gattungskaufs der Erfüllungsanspruch in Form des Nachlieferungsanspruchs - wie es die h.A. bezeichnet ⁶⁾ - ausdrücklich gewährt wird, im Werkvertragsrecht aber nur der Teilerfüllungsanspruch auf Mängelbeseitigung, dann muß doch aus beiden Umständen geschlossen werden, daß es im Werkvertrag eben nur den Mängelbeseitigungsanspruch gibt.

Dem wird von KORINTENBERG ⁷⁾ u.a. entgegengehalten, der Nachlieferungsanspruch in § 480 BGB sei an sich überflüssig, er gewähre etwas Selbstverständliches, weil er lediglich den Grundsatz des allgemeinen Erfüllungsrechts aus § 362 BGB zum Ausdruck bringe. Dieser Grundsatz sei beim Werklieferungsvertrag nicht außer Kraft gesetzt worden. Im übrigen sei der Nachlieferungsanspruch im Grunde nur deshalb in § 480 BGB aufgenommen worden, um eine Streitfrage zu entscheiden.

5) siehe oben S. 17 ff; vergl. die Darstellung und kritische Würdigung dieser Rspr Leonhardt, Schuldrecht, S. 218; Frye S. 21; Pschorr S. 25; insbesondere Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 73 ff.

6) BGH JZ 58/211; Ermann-Weitnauer § 480/II 1; Larenz, Schuldrecht II, S. 95 § 37 III; etwas abweichend Soergel-Ballerstedt, § 480 Anm. 1, die den Nachlieferungsanspruch des § 480 BGB nicht mit dem Erfüllungsanspruch identifizieren, ihn aber aus dem Erfüllungsanspruch ableiten.

7) Diss., S. 329

Auch dieses Argument überzeugt nicht.

Zunächst muß bezweifelt werden, ob der Nachlieferungsanspruch in § 480 BGB überflüssig ist, weil er angeblich etwas Selbstverständliches normiert⁸⁾. Denn wie die Anhänger dieses Arguments selbst anführen, wurde damit ein Streit entschieden. Das heißt aber, daß man mit guten Gründen den Nachlieferungsanspruch ablehnen kann. Diese Gründe müssen schwerwiegend sein, sonst hätte sich der Gesetzgeber wohl nicht bemüht gefühlt, den Nachlieferungsanspruch in § 480 BGB aufzunehmen.

Aber selbst wenn man annehmen wollte, der Nachlieferungsanspruch in § 480 BGB sei im Grunde überflüssig, wird das Argument der h.A. nicht überzeugender. Denn es gibt kaum ein besseres Beispiel für die Lehre vom Umkehrschluß als dieses Problem:

Sowohl beim Nachlieferungsanspruch als auch beim Neuherstellungsanspruch geht der ursprüngliche Erfüllungsanspruch auf Lieferung bzw. Herstellung einer fehlerfreien Sache. Bei beiden wurde diese Pflicht nicht erfüllt, weil eine fehlerhafte Sache geliefert wurde. Mit beiden Ansprüchen soll eine Schwägerung des ursprünglichen Erfüllungsanspruchs vermieden werden. Beide Ansprüche sind also in ihren Voraussetzungen und in ihrer Wirkung völlig identisch mit dem Unterschied, daß es sich in einen Falle um den Anspruch aus Kaufvertrag, im anderen um einen aus Werkvertrag handelt.

Im Kaufrecht wird der Anspruch normiert, im Werkvertragsrecht nicht: was liegt näher, als daß es diesen Anspruch nur im Kaufrecht gibt ?

8) vergl. hierzu Oertmann § 480 Anm. 1 m.w.N. Es soll nicht verkannt werden, daß der damalige Streit seine Wurzel in der Rechtsgeschichte hatte. Aus der heutigen Sicht ist beim Gattungskauf der Nachlieferungsanspruch selbstverständlich.

II. Für manchen mag das Argument aus § 633 II BGB und das aus § 480 BGB, jedes für sich betrachtet, nicht unbedingt zwingend sein. Beide Argumente müssen aber zusammen gesehen werden, das eine verstärkt das andere:

Der Umkehrschluß aus § 480 BGB wird dadurch verstärkt, daß der Gesetzgeber in § 633 II BGB sich zum Problem "Erfüllungsanspruch" geäußert hat, und zwar eben in der einschränkenden Version des Mängelbeseitigungsanspruchs.

Die Ausschließlichkeit des § 633 II BGB wird überzeugender, weil der Gesetzgeber an anderer Stelle, in § 480 BGB, den weitergehenden, vollständigen Erfüllungsanspruch gewährt.

III. § 480 BGB ist nicht die einzige Vorschrift, die eine Nachlieferungspflicht des Schuldners statuiert.

Entsprechend § 480 BGB gewährt § 524 II BGB dem Beschenkten unter gewissen Voraussetzungen das Recht, vom Schenker "anstelle der fehlerhaften Sache eine fehlerfreie" zu verlangen.

Ähnlich bestimmt § 2183 BGB, daß der Vermächtnisnehmer, wenn die vom Erben geleistete Sache mangelhaft ist, verlangen kann, "daß ihm anstelle der mangelhaften Sache eine mangelfreie geliefert wird".

Es wäre wenig überzeugend, wenn auch diese Vorschriften lediglich etwas Selbstverständliches regeln sollten.

IV. Als Ergebnis ist also festzuhalten, daß auch der Nachlieferungsanspruch in § 480 BGB - ebenso die Ansprüche aus § 524 BGB und § 2183 BGB - gegen die Existenz eines Neuherstellungsanspruchs spricht und dem Argument aus § 633 II BGB ein größeres Gewicht verleiht.

§ 10 Der Erfüllungsanspruch und der Anspruch auf
Neuherstellung.

- I. Bereits RÜMELIN ⁹⁾ vertrat die Ansicht, das Problem "Neuherstellungsanspruch oder nicht" entscheide sich (nur) danach, ob eine erneute Ausführung noch möglich sei oder nicht ¹⁰⁾.

Dieser Gedanke findet sich bei allen Anhängern des Neuherstellungsanspruchs wieder.

Hinter dieser Argumentation steht, auch wenn das nicht immer deutlich zum Ausdruck kommt, "der Grundsatz des allgemeinen Erfüllungsrechts, fußend auf § 362 BGB", nämlich daß das Schuldverhältnis erst erlösche, wenn die geschuldete Leistung erbracht sei ¹¹⁾. Demnach könne nur ein mangelfreies Werk die Erfüllungspflicht des Unternehmers zum Erlöschen bringen. Die Herstellung eines mangelhaften Werkes sei lediglich ein Erfüllungsversuch ¹²⁾.

Folglich wird behauptet ¹³⁾, der Mängelbeseitigungsanspruch beruhe ebenso wenig auf der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift des § 633 II BGB wie der Nachlieferungsanspruch beim Gattungskauf auf der Bestimmung des § 480 BGB.

9) Dienstvertrag und Werkvertrag, S. 77

10) Dochnahl JJahrB 48/S. 282 vertritt den gleichen Gedanken für den Fall, daß das Werk "vom Zufall" betroffen wird und es um die Wiederherstellung geht. "Der Unternehmer hat ein Arbeitsergebnis versprochen; von dieser Verpflichtung wird er nur befreit durch Erfüllung oder Unmöglichkeit."

11) Korintenberg, Diss., S. 329

12) Korintenberg, Diss., S. 335

13) Korintenberg, Diss., S. 339

Auf den ersten Blick erscheint diese Argumentation zwingend. Bei näherer Betrachtung zeigt sich jedoch, daß diese These voraussetzt, was sie eigentlich beweisen soll.

- II. Bei dem Streit um den Neuherstellungsanspruch und die Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften geht es im wesentlichen um die Frage, ob das dem Besteller gewährte Nachbesserungsrecht in § 633 II BGB und die Ansprüche des Bestellers bei mangelhafter Herstellung des Werkes aus §§ 633 II ff BGB ausschließliche Sondervorschriften gegenüber den allgemeinen Vorschriften sind. Sind sie es, kann mit dem "Grundsatz des allgemeinen Erfüllungsrechts" nicht mehr operiert werden, weil eben die Rechtsfolgen mangelhafter Erfüllung abweichend von den allgemeinen Grundsätzen geregelt werden. Erst wenn dieser Nachweis nicht gelingt, ist das Argument der h.A. überzeugend. Dann ist aber auch seine Kraft geschwunden, weil es nur etwas Selbstverständliches beweist.
- III. Sieht man dieses Problem aus einem anderen Blickwinkel, verliert das Argument der h.A. noch mehr an Überzeugungskraft:

Die h.A. erkennt, daß der Unternehmer gemäß §§ 631/633 I BGB zur Herstellung eines makellosen Werkes verpflichtet ist und daß diese Pflicht untrennbar zu seiner Erfüllungspflicht schlechthin gehört ¹⁴⁾. Diese Pflicht verknüpft sich ebenso untrennbar mit einem Anspruch des Bestellers auf Erfüllung dieser Pflicht. Vom rein logischen Standpunkt aus gesehen ist jedoch diese Verknüpfung, wie GRAUE ¹⁵⁾ nachwies, nicht zwingend. Es läßt sich

14) siehe OLG Nürnberg OLGZ 67/405

15) Die mangelfreie Lieferung beim Kauf, S. 288

durchaus denken, daß sich für den Schuldner aus dem Schuldverhältnis gewisse Pflichten ergeben, ohne daß jedoch der Gläubiger die Möglichkeit besitzt, die Erfüllung dieser Pflicht direkt und unmittelbar durchzusetzen, daß er vielmehr von vornherein auf "sekundäre" Ansprüche wie Schadensersatz, Rücktritt, Minderung beschränkt ist.

Für den Werkvertrag würde es also durchaus angehen zu sagen, der Unternehmer sei zwar zur Herstellung eines tauglichen und einwandfreien Werkes verpflichtet, bei Herstellung eines mangelhaften Werkes sei jedoch der "Erfüllungsanspruch" des Bestellers auf Mängelbeseitigung, im übrigen sei der Besteller auf die "sekundären" Ansprüche aus §§ 634/635 BGB beschränkt.

IV. Es ist an dieser Stelle noch verfrüht, eine endgültige Stellung zu beziehen, weil vorrangig geklärt werden muß, ob §§ 633 ff BGB als Sondervorschriften den allgemeinen Vorschriften gegenüber anzusehen sind.

Es soll jedoch nochmals festgehalten werden, daß die Ableitung des Neuherstellungsanspruchs aus dem "allgemeinen Erfüllungsgrundsatz" nicht zwingend ist. Nicht die "Erkenntnis des Erfüllungsproblems", nicht der "Erfüllungsgedanke" sind entscheidend, sondern das Problem, ob die §§ 633 ff BGB als Sondernormen alle oder gewisse allgemeine Rechte ausschließen.

§ 11 Veränderung der "Erfüllungslage" durch
Herstellung eines mangelhaften Werkes.

Die h.A. sieht im Neuherstellungsanspruch "nichts anderes als den ursprünglichen Erfüllungsanspruch".

Wenn sich nun nachweisen ließe, daß bereits die Herstellung eines mangelhaften Werkes einen Einfluß auf die "Erfüllungslage" hat, daß also die rechtliche Situation nach Herstellung anders ist als vorher, ist die Überzeugungskraft obiger These zumindest erschüttert. Denn wenn der Neuherstellungsanspruch sich von dem Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB unterscheidet, können beide nicht identisch sein.

- I. Der Unternehmer kann gemäß § 633 II 2 BGB eine Mängelbeseitigung ablehnen, wenn sie einen "unverhältnismäßigen Aufwand" erfordert, d.h., wenn der Vorteil, den die Nachbesserung gewährt, gegenüber dem erforderlichen Aufwand geringwertig ist ¹⁶⁾.

Die h.A. wendet diese Vorschrift analog auf den Neuherstellungsanspruch an mit der Begründung, dies sei zur Schonung des Unternehmers erforderlich ¹⁷⁾.

Es bedarf keiner Erörterung, daß die Schonung aus § 633 II 2 BGB angebracht ist. Dabei darf jedoch nicht übersehen werden, daß damit ein Gesichtspunkt zur Geltung kommt, der im Zusammenhang mit dem "ursprünglichen" Erfüllungsanspruch aus § 631 BGB nichts zu tun hat.

Nach einer im Schrifttum weit verbreiteten Meinung sind außergewöhnliche Schwierigkeiten nach § 242 BGB

16) RG 66/167

17) Nachweise siehe oben S. 24 Anm. 98

als befreiende Unmöglichkeit zu behandeln, wenn sie im Verkehr der Unmöglichkeit gleichgeachtet werden, dem Schuldner also die Überwindung nicht zugemutet werden kann (unerschwingliche Leistung) ¹⁸⁾.

Gegen diese Ansicht wendet sich LARENZ ¹⁹⁾ mit zutreffenden Gründen. Der nach objektiven Merkmalen zu bestimmende Tatbestand der Unmöglichkeit würde durch die Hereinmischung des konkretisierungsbedürftigen Wertmaßstabes der Zumutbarkeit aufgeweicht und dadurch praktisch wertlos gemacht. Die durch hohe Preise bedingten Schwierigkeiten habe der Gesetzgeber durch § 279 BGB gerade ausschließen wollen. Lediglich falls das im Vertrag angestrebte Gleichwertverhältnis vernichtet sei, verlöre der Vertrag seine Geschäftsgrundlage und könne aus diesem Grunde nicht oder nicht mehr unverändert aufrecht erhalten bleiben.

Auch STAUDINGER-WERNER ²⁰⁾ vertreten unter Aufgabe des früheren Standpunktes eine ähnlich gegenüber der h.A. eingeschränkte Meinung.

18) So Enneccerus-Lehmann § 46 I 2 S. 201 m.w.N.; RGRK-Nastelski § 275/8 formulieren ähnlich, wenn sie der Unmöglichkeit bzw. dem Unvermögen den Fall gleichsetzen, daß der Schuldner nur mit übermäßiger Kraftanstrengung, also nur unter so großen Aufwendungen zu erfüllen vermag, daß ihm die Leistung nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht zugemutet werden kann, weil die Leistungspflicht des Schuldners gem. § 242 BGB nicht über die Grenze hinausgeht ("wirtschaftliche Unmöglichkeit").

Zur gleichlautenden Stellungnahme der Rspr siehe BGB RGRK aaO.

19) Schuldrecht II S. 245, § 20 I d

20) § 275 Anm. 8, 9

Im Grunde kann jedoch dahinstehen, welcher Ansicht zuzustimmen ist. Es bedarf keines weiteren Nachweises, daß der Schutz des Unternehmers durch § 633 II 2 BGB weiter reicht als die als weitherzig zu bezeichnende Ansicht der h.M. Das ergibt sich bereits aus der Existenz dieser Vorschrift; hätte der Gesetzgeber den Unternehmer unter den dort genannten Voraussetzungen nicht wirkungsvoller schützen wollen als durch § 242 BGB, hätte er § 633 II 2 BGB nicht geschaffen ²¹⁾.

- II. Der Abschluß eines Werkvertrages schafft nicht nur Pflichten des Unternehmers - so die Hauptpflicht auf Herstellung -, sondern auch Ansprüche des Unternehmers - so den Vergütungsanspruch. Stellt also der Unternehmer ein makelloses Werk her, erwirbt er einen Vergütungsanspruch, der ihm nicht genommen werden kann ²²⁾.

Da der Vergütungsanspruch untrennbar mit der Herstellungspflicht verbunden ist, kann nicht nur von der Erfüllungspflicht, sondern auch in gewissem Sinne von einem "Erfüllungsrecht" des Unternehmers gesprochen werden ²³⁾.

Dieses "Erfüllungsrecht" erlischt mit der Herstellung eines mangelhaften Werkes, dessen Mängel nicht beseitigt werden können, selbst wenn eine erneute Herstel-

21) Auch Staudinger-Riedel § 633 Anm. 24 unterscheiden zwischen Erst- und Neuherstellung, ohne jedoch hieraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen.

22) Auch nicht durch die Kündigungsmöglichkeit des Bestellers nach § 649 BGB, weil dieser zur Zahlung der Vergütung grundsätzlich verpflichtet bleibt.

23) siehe Ballerstedt, Zur Lehre vom Gattungskauf, S. 281, wo ebenfalls vom "Erfüllungsrecht" des Verkäufers die Rede ist.

lung möglich wäre. Denn gemäß § 634 II BGB kann der Besteller die Rechte aus §§ 634/635 BGB sofort, also ohne die übliche Fristsetzung geltend machen, "wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist".

Dieser eindeutige Gesetzeswortlaut läßt sich nicht biegen.

Der Unternehmer kann also nicht die Ansprüche des Bestellers aus §§ 634/635 BGB durch eine Neuherstellung abwenden²⁴⁾. Seine Situation entspricht der des Gattungsverkäufers, der eine mangelhafte Sache liefert: auch er kann grundsätzlich nicht auf Nachlieferung bestehen²⁵⁾.

Damit bedarf der auch von Gegnern des Neuherstellungsanspruchs vertretene Grundsatz, der Unternehmer sei zur Neuherstellung berechtigt, eine Einschränkung dahin, daß der Besteller auf Herbeiführung des versprochenen "Erfolges" besteht und nicht sofort die Rechte aus §§ 634/635 BGB geltend macht.

III. Die Vertragslage - "Erfüllungssituation"- hat sich also mit der Herstellung des Werkes verändert, auch wenn es mangelhaft ist.

24) A.A. Staudinger-Riedel § 634 Anm. 8; Korintenberg; Erfüllung und Gewährleistung, S. 204; Soergel-Erdsiek-Mühl § 634 Anm. 11. Nach ihnen ist eine fristlose Geltendmachung der Rechte aus §§ 634/635 BGB nicht möglich, wenn der Unternehmer bereit und in der Lage ist, ein neues mangelfreies Werk rechtzeitig herbeizuführen.

25) allgem. M., vergl. RGZ 52/352 ff; RG 91/112; Staudinger-Ostler § 480 Anm. 7 mit Nachweis der Ausnahmen; BGB RGRK § 480 Anm. 5

§ 12 Mangelhafte Herstellung und Leistungsverzug

- I. Da nach Ansicht der h.L. ein mangelhaftes Werk den Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht berührt, scheint alles dafür und nichts dagegen zu sprechen, auf diesen Erfüllungsanspruch auch die Regeln über den Leistungsverzug bei gegenseitigen Verträgen, § 326 BGB, anzuwenden. Neben Folgerungen aus der "Erkenntnis des Erfüllungsproblems beim Werkvertrag" ²⁶⁾ wird diese Ansicht mit § 636 BGB begründet ²⁷⁾.

Nach Abs. 1 S. 2 des § 636 BGB bleiben, wenn der Unternehmer das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig herstellt, neben den in S. 1 normierten Rechte die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte unberührt.

Nun wird folgendermaßen argumentiert:

Da der Unternehmer die Herstellung eines mangelfreien Werkes schulde und die mangelhafte Herstellung des Werkes niemals voll dem versprochenen Werke entspräche, sei dieses zumindest teilweise nicht rechtzeitig hergestellt ²⁸⁾, also gebiete § 636 I 2 BGB unmittelbar die Anwendung der allgemeinen Verzugsvorschriften bei Herstellung eines mangelhaften Werkes.

Die h.A. setzt also mangelhafte Herstellung gleich mit "zum Teil nicht rechtzeitiger" Herstellung in § 636 BGB. Wenn diese Gleichsetzung berechtigt ist, ist zugegebenermaßen nachgewiesen, daß schon gemäß § 636 BGB bei mangelhafter Herstellung § 326 und § 286 BGB Anwendung finden müssen.

26) Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S.54, 56, 79; Staudinger-Riedel § 633 Anm. 2

27) Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 192

28) Korintenberg, aaO; Staudinger-Riedel § 633 Anm. 9

II. Untersucht man die Systematik der Werkvertragsvorschriften, wird schnell deutlich, daß das Gesetz eine Zweiteilung trifft. Es unterscheidet nämlich zwischen nicht rechtzeitiger und mangelhafter Herstellung.

- 1.) a) § 631 I BGB definiert die wesentliche Verpflichtung des Unternehmers aus dem Werkvertrag: er ist "zur Herstellung des versprochenen Werkes" verpflichtet.

In § 633 I BGB ist näher umschrieben, wie das Werk herzustellen ist, nämlich so, "daß es die zugesicherten Eigenschaften hat und nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern".

§ 631 I BGB bestimmt also das "daß", § 633 I BGB das "wie".

- b) Wird § 633 I BGB verletzt, gibt der unmittelbar folgende Absatz dem Besteller das Recht, die Beseitigung des Mangels zu verlangen.

Abs. 3 erlaubt dem Besteller, im Falle des Verzugs des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen.

Die nächste Bestimmung, § 634 BGB, gibt dem Besteller das Recht, unter bestimmten Voraussetzungen Wandlung oder Minderung zu verlangen. § 635 BGB gibt ihm schließlich einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung.

- 2.) § 636 I 1 BGB gewährt, wenn der Unternehmer das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig herstellt, unter

den Voraussetzungen des § 634 I - III BGB ein Rücktrittsrecht gemäß § 327 BGB.

S. 2 läßt die Verzugsfolgen ausdrücklich unberührt.

3.) Dieser Überblick soll die Zusammenhänge klar machen, die zwischen den Vorschriften bestehen:

§ 636 BGB steht im inneren Zusammenhang mit § 631 I BGB, die §§ 633 II - 635 mit § 633 I BGB.

Schließen sich beide Komplexe aus oder überschneiden sie sich ?

a) Stellt der Unternehmer das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig her, finden nach § 636 BGB die für die Wandlung geltenden Vorschriften des § 634 I - III BGB entsprechende Anwendung mit der Maßgabe, daß anstelle des Anspruchs auf Wandlung ein Rücktrittsrecht des Bestellers nach § 327 BGB tritt. Diese Vorschrift wiederum verweist auf die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 - 356 BGB.

b) Ist das vom Unternehmer hergestellte Werk mangelhaft, gibt § 634 BGB dem Besteller das Wandlungsrecht unter den dort näher bezeichneten Voraussetzungen.

Auf die Wandlung finden nach Abs. 4 die für den Kauf geltenden Vorschriften Anwendung, also kraft ausdrücklicher Verweisung auch § 467 BGB. Nach dieser Vorschrift wird die Wandlung nach den für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346 ff BGB abgewickelt.

c) Sowohl für a) als auch für b) gilt, daß der Unternehmer die Leistungsstörung nicht zu vertreten hat.

d) Wäre die Argumentation der h.A. richtig, ergebe sich folgendes Paradoxon:

Der Gesetzgeber hätte eine besondere Fallgestaltung - nämlich die Herstellung eines mangelhaften Werkes - in zwei kurz aufeinanderfolgenden Paragraphen geregelt, und zwar so, daß der Besteller bei Wandlung über § 467 BGB und bei Rücktritt über § 327 BGB zu §§ 346 ff BGB gelangt, daß also das gleiche Ergebnis jeweils durch eine andere Paragraphenkette erzielt wird.

Dabei wäre noch die Merkwürdigkeit zu erklären, warum § 636 BGB die für die Wandlung geltenden Vorschriften für anwendbar erklärt, dann aber ausdrücklich anstelle der Wandlung dem Besteller das Recht zum Rücktritt gibt.

Eine Stellungnahme oder gar eine überzeugende Aufklärung dieser Ungereimtheit findet sich nirgends. Sie ist nämlich nicht möglich.

e) Es bleibt also nur die Folgerung, daß der Ausgangspunkt der h.A. - nämlich § 636 BGB sei auch auf mangelhafte, wenn auch "an sich" rechtzeitig hergestellte Werke anwendbar - nicht richtig sein kann. Denn daß der Gesetzgeber diese Angelegenheit, sei es auch unbewußt, derart widersprüchlich und umständlich geregelt hätte, wird wohl kaum guten Gewissens behauptet werden können.

4.) Ohne Widersprüche und völlig zwanglos läßt sich das Verhältnis des § 634 zu § 636 BGB klären, wenn davon ausgegangen wird, daß das Gesetz unterscheidet zwischen mangelhafter und nicht rechtzeitiger Herstellung. Dann ergibt sich folgendes:

Stellt der Unternehmer das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig her, und zwar in dem Sinne, daß er

untätig bleibt, eröffnet § 636 BGB - und nur dieser - dem Besteller ein Bündel von Möglichkeiten:

- (a) Rücktritt oder Minderung nach näherer Maßgabe des § 634 BGB
- (b) Rechte aus den allgemeinen Vorschriften über Verzug, also insbesondere §§ 286/326 BGB.

Stellt der Unternehmer das Werk zwar rechtzeitig her, ist es aber mit einem Mangel behaftet, ist § 636 BGB nicht mehr anwendbar, er wird vielmehr von den §§ 633 II ff BGB verdrängt.

Das Werk ist also "ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt", wenn seine Quantität das versprochene Maß nicht erreicht. Fehlt es lediglich an der zu fordernden Qualität, ist es - ausschließlich - mangelhaft im Sinne des § 633 I BGB.

Ein unbefangener Laie wird einen Unterschied machen zwischen nicht rechtzeitiger und mangelhafter Herstellung eines Werkes. Diesen Unterschied verwischt die h.L. mit der spezifisch "juristischen" Argumentation, die mangelhafte Herstellung berühre ebensowenig wie die bloße Untätigkeit den Erfüllungsanspruch, also müssen beide Fälle die gleiche Konsequenz haben. Eine Gleichsetzung tut jedoch der sprachlichen Bedeutung von mangelhafter und nicht rechtzeitiger Herstellung Gewalt an.

Mit der Herstellung des Werkes tritt also eine wichtige Zäsur ein: was v o r der Herstellung liegt, fällt unter § 636 BGB, was danach liegt, unter §§ 633 II ff BGB.

III. Aus dieser Erkenntnis ist folgender Schluß zu ziehen:

Wenn bei nicht rechtzeitiger Herstellung § 636 BGB ausdrücklich die Rechte des Bestellers aus Verzug des Unternehmers bestehen läßt, bei zwar rechtzeitiger aber mangelhafter Herstellung die Sondervorschriften der §§ 633 II ff BGB keine Bestimmung über das Schicksal der allgemeinen Rechte aus Verzug trifft, kann dies nach den allgemein anerkannten Regeln der Gesetzesinterpretation - Umkehrschluß - nur bedeuten, daß die allgemeinen Rechte aus Verzug gemäß § 326 BGB nicht neben den Rechten aus §§ 633 II ff BGB Geltung haben ²⁹⁾.

Dabei ist noch zu berücksichtigen, daß an sich selbstverständlich vor Herstellung des Werkes die allgemeinen Regeln auf den Erfüllungsanspruch des Bestellers Anwendung finden. Der Gesetzgeber wollte mit § 636 I 2 BGB lediglich zum Ausdruck bringen, daß die im S. 1 dem Besteller gegebenen und im Vergleich zu den Verzugsvorschriften an geringere Voraussetzungen - kein Vertretenmüssen - geknüpften Rechte die zwar erschwerten, dafür aber weittragenderen Rechte des Bestellers aus Verzug nicht verdrängen soll.

Wenn also der Gesetzgeber bereits vor Herstellung des Werkes ein klärendes Wort über das Schicksal der allgemeinen Verzugsvorschriften für nötig erachte, wäre dies um so eher im Falle der zwar rechtzeitigen, aber mangelhaften Herstellung zu erwarten gewesen. Denn dort ist aus mehreren Gründen die Geltung der allgemeinen Vorschriften neben den Sondervorschriften durchaus nicht selbstverständlich, schon deshalb nicht, weil die Son-

29) Im Ergebnis bereits RG WarnRspr 1916/998, wo im Hinblick auf § 326 BGB gesagt wird, diese Vorschrift sei nicht anwendbar, weil das "Werk rechtzeitig, wenn auch fehlerhaft geliefert" worden sei. Allerdings war dort das Werk bereits abgenommen.

dervorschriften a u c h die Fälle des Verzugs umfassen können.

IV. Die h.A., konsequent weitergeführt, führt zu folgender Ungereimtheit:

Wenn die Herstellung eines mangelhaften Werkes vor dessen Abnahme den Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht berührt, diesen vielmehr unverändert weiterbestehen läßt, und wenn auf diesen Erfüllungsanspruch die allgemeinen Vorschriften über Verzug Anwendung finden, kann der Unternehmer in Verzug kommen, ohne zu wissen, daß er zu einer Leistung verpflichtet ist.

Nehmen wir an, ein Unternehmer würde sich verpflichten, bis zu einem genau bestimmten Zeitpunkt ein Werk - beispielsweise eine komplizierte Maschine - herzustellen. Der Unternehmer liefert es zu diesem Zeitpunkt ab. Der Besteller nimmt es entgegen, ohne es aber i.S. der h.A. abzunehmen, weil er es zunächst erproben möchte. Es stellt sich heraus, daß das Werk einen Fehler hat.

Die h.A. müßte konsequenterweise annehmen, der Unternehmer sei trotz rechtzeitiger Ablieferung in Verzug geraten, weil er seine Verpflichtung, ein mangelfreies Werk zu einem bestimmten Termin abzuliefern, nicht erfüllt habe.

Das kann jedoch nicht sein. Der Unternehmer hat das Werk rechtzeitig i.S. des § 636 BGB hergestellt. Es kann sich nur darum handeln, ob er mit der Mängelbeseitigung in Verzug gerät. Dazu muß ihm aber der Besteller zunächst mitteilen, daß das Werk mangelhaft ist und ihn darüberhinaus nochmals zur Mängelbeseitigung mahnen.

Auch wenn der Besteller das Werk wegen eines Mangels sofort zurückweist, kann der Besteller nicht automatisch in Verzug sein, selbst wenn für die Leistung eine Zeit

nach dem Kalender bestimmt war und der Unternehmer den Mangel zu vertreten hat. Denn es darf hier nicht auf die mangelfreie Herstellung, sondern nur auf die Mängelbeseitigung als solche abgestellt werden. Dem Unternehmer muß im Hinblick auf § 285 BGB ein Mindestmaß an Zeit zur Mängelbeseitigung gelassen werden; die gegenteilige Auffassung würde zu nicht mehr vertretbaren Ergebnissen führen.

Es muß also unterschieden werden zwischen Verzug mit der Herstellung und Verzug mit der Mängelbeseitigung. Mit der rechtzeitigen Herstellung erlöschen alle Umstände, die zur Begründung eines Verzugs dienen können (mit der selbstverständlichen Ausnahme, daß der Unternehmer in Verzug gerät, wenn er sich weigert, dem Besteller das hergestellte Werk zu übergeben). Es beginnt eine neue Phase, gerichtet auf die Mängelbeseitigung nach § 633 II BGB. In diesem neuen Abschnitt kann Verzug nur dann vorliegen, wenn der Unternehmer unter den Voraussetzungen der §§ 284/285 BGB die Mängelbeseitigung unterläßt.

- V. Darüberhinaus läßt sich aus § 636 BGB herleiten, daß sich die "Erfüllungssituation" allein durch die Herstellung des Werkes, also ohne Rücksicht auf Mängel, verändert.

Wie gezeigt, macht das Gesetz nach der Herstellung des Werkes eine Zäsur. Vorher läßt es neben der Sondernorm des § 636 I 1 BGB die allgemeinen Rechte aus Verzug bestehen, nachher gibt es die Sonderbehelfe aus §§ 633 II ff BGB.

Eben wegen dieser Zäsur hat sich die Situation verändert. Würde die "ursprüngliche" Lage fort dauern, würde das zwingend voraussetzen, daß sich die Rechtsbehelfe des Bestellers nicht ändern. Ändern sich diese jedoch,

muß sich logischerweise auch deren Beziehungspunkt, nämlich die "Erfüllungssituation", verändern.

VI. Es bleibt also festzuhalten, daß eine mangelhafte Herstellung nicht mit einer teilweisen nicht rechtzeitigen Herstellung gleichgesetzt werden kann. Demnach kann § 636 I BGB auf mangelhafte Werke keine Anwendung finden.

§ 13 Die Neuherstellungspflicht als Gattungsschuld.

In der Diskussion um die Existenz des Neuherstellungsanspruchs wird vielfach mit dem Begriff "Gattungsschuld" operiert. Es liegt auf der Hand, vom Gattungsmäßigen in Anlehnung an § 480 BGB auf eine Neuherstellungspflicht des Unternehmers zu schließen.

- I. Insbesondere PETRI ³⁰⁾ vertritt die Ansicht, der Werkvertrag sei in aller Regel ein Gattungsgeschäft, weil dasjenige, was aufgrund des Vertrages geschaffen werden solle, beim Abschluß des Vertrages etwas lediglich Abstraktes, Gedachtes sei; kein einziger Gegenstand aus dieser Gattung sei individuell geschuldet. Erst durch das Tätigwerden des Unternehmers wandle sich das Gedachte in Realität.

KORINTENBERG ³¹⁾ hält zurecht diese "Verquickung von Gattungsmäßigem mit Zukünftigem" für bedenklich. Da beim Werkvertrag der individuelle Leistungsinhalt regelmäßig völlig bestimmt sei, könne man in diesem Sinne die Werkleistung als Speziesleistung ansehen. Der Unternehmer könne grundsätzlich auch bei einer Speziesleistung nur mit dem Werk erfüllen, welches die durch den Vertrag individuell festgelegten Merkmale habe. Andererseits brauche das nicht unter allen Umständen ein einziges Werk zu sein. Die Konkretisierung solle erst auf dem Weg vom Vertragsschluß zur Erfüllung eintreten. Trotzdem sei keine Verwandtschaft mit der Gattungsschuld gegeben, weil bei der Gattungsschuld der Erfüllungsgegen-

30) AcP 109/210 Anm. 6 a; aber auch Vogels DJZ 15/1083 ff; Dinse, Unmöglichkeit und Gefahr beim Werkvertrag, Diss. S. 47

31) Erfüllung und Gewährleistung, S. 80

stand nicht individuell, sondern gattungsmäßig bestimmt sei.

II. Ob diese Argumente völlig überzeugen, mag dahinstehen. Im Ergebnis ist jedoch der ablehnenden Haltung KORINTENBERGS zuzustimmen.

1.) Die Definition der Gattungsschuld ergibt sich von selbst, wenn man als Gegenpol die Stückschuld sieht:

Bei einer Stückschuld ist ein individuell bestimmter, konkret bezeichneter Gegenstand Inhalt des Schuldverhältnisses ³²⁾, das Schuldverhältnis kann also nicht mit einem anderen Gegenstand erfüllt werden.

Bei Gattungsschulden ist der Leistungsgegenstand nicht genau bestimmt, sondern lediglich nach Gattungsmerkmalen, also gewissen für eine Gruppe von Gegenständen einheitlich geltenden Merkmalen ³³⁾, sowie nach Stückzahl, Menge und Gewicht ³⁴⁾.

Gattungsschuld ist also ein Sonderfall der Schuld mit unbestimmtem, aber bestimmbarem Leistungsgegenstand ³⁵⁾. Gattungsschuld und Stückschuld sind demnach unvereinbare Gegensätze.

2.) Damit ist die Natur der Gattungsschuld jedoch noch nicht umfassend charakterisiert. Mit dem Begriff "Gattungsschuld" ist notwendigerweise die Vorstellung

32) Siehe Soergel-Schmidt § 243 Anm. 1; Ermann-Sirp § 243 Anm. 1; BGB RGRK-Nastelski § 243 Anm. 1; Larenz, Schuldrecht I, S. 130 § 12

33) Soergel-Schmidt aaO

34) Larenz aaO

35) Palandt-Dankelmann/Heinrichs § 243 Anm. 1; Enneccerus-Lehmann S. 29 ff § 6; Blomeyer S. 50 § 12

der Beteiligten verbunden, dem Schuldner stünden zunächst mehr als eine Möglichkeit der Erfüllung offen, er habe die Auswahl, sei es, daß er eine unbestimmte Anzahl von Möglichkeiten sieht, sich die geschuldete Sache zu beschaffen und dem Käufer zu übergeben, sei es, daß er bereits einen Vorrat verschiedener die Gattungsmerkmale erfüllende Sachen hat (beschränkte Gattungsschuld). Die Auswahlmöglichkeit ist also für die Gattungsschuld typisch ³⁶⁾.

- 3.) Nach § 243 BGB hat derjenige, der eine nur der Gattung nach bestimmte Sache schuldet, eine Sache von mittlerer Art und Güte zu leisten.

Bereits aus dem Wortlaut ergibt sich also ohne weiteres, daß die Gattungsschuld eine Untergruppe der Sachschuld ist.

III. Eine Werkvertragsschuld kann nicht Gattungsschuld in obigem Sinne sein.

- 1.) Auffällig ist, daß in den Sondervorschriften des Werkvertragsrechts der Begriff "Gattung" fehlt.

§ 651 BGB betrifft die Art von Verträgen, bei denen der Unternehmer eine vertretbare oder nicht vertretbare Sache herzustellen hat. Da diese Vorschrift erstere ganz dem Kaufrecht unterstellt, interessiert hier nur die Herstellung nicht vertretbarer Werke.

Es darf jedoch nicht aus dem Begriff "nicht vertretbar" auf Speziesleistung und damit auf die Negation einer Gattungsschuld geschlossen werden.

36) Vergl. Blomeyer S. 51, 53 § 12 II; Soergel-Schmidt § 243 Anm. 6; Enneccerus-Lehmann S. 30 § 6

Die Charakterisierung einer Sache als vertretbare hängt nach § 91 BGB ausschließlich von der Verkehrsauffassung ab. Ob sie Gegenstand einer Gattungsschuld ist, richtet sich nach der Parteivereinbarung. Es können daher auch nicht vertretbare Sachen als Gattungssachen geschuldet werden ³⁷⁾.

- 2.) Das vorher ausgeführte Charakteristikum für eine Gattungsschuld, nämlich die Auswahl eines Gegenstandes aus einer Mehrzahl in Betracht kommender Gegenstände, fehlt. Der Unternehmer wird ein Werk herstellen und dieses dem Besteller übergeben.

Natürlich lassen sich Fälle denken, bei denen der Unternehmer zur Erfüllung seiner Schuld aus mehreren Gegenständen einen auswählt. Es sei nur das altbekannte Beispiel erwähnt, in dem ein Bildhauer mit der Anfertigung einer Büste beauftragt wird ³⁸⁾. Er gestaltet mehrere, wählt eine aus und gibt sie dem Besteller. Trotzdem schuldet der Bildhauer nicht eine gattungsmäßig bestimmte Büste. Er soll ein zukünftiges Stück Wirklichkeit gestalten, wobei er je nach den Vereinbarungen einen weiteren oder engeren Spielraum bei der Ausführung hat. Die Schuld bleibt also Individualschuld.

Allein die Möglichkeit, daß sich der Unternehmer durch mehrfache Herstellung eine Wahlmöglichkeit schafft, macht dessen Schuld nicht zu einer Gattungsschuld. Denn diese Wahlmöglichkeit ist nicht Bestandteil, Voraussetzung, Grundlage des Herstellungsvertrages.

37) unbestr., siehe Soergel-Schmidt § 243 Anm. 1; Ermann-Sirp § 243 Anm. 2; Larenz, Schuldrecht II, S. 131

38) Dieses Beispiel findet sich u.a. bei Dochnahl JJahrB S. 445

- 3.) Eine Gattungsschuld kann auch nicht mit den Fällen bewiesen werden, in denen dem Unternehmer "freie Hand" bei der näheren Ausgestaltung des Werkes gelassen wird, beispielsweise bei den Verträgen mit Künstlern, Architekten usw., aber gegebenenfalls auch mit Handwerkern, insbesondere dann, wenn der Besteller als Laie die in Betracht kommenden Möglichkeiten nicht beurteilen kann, oder weil die Konzeption des Werkes allein von der Technik bestimmt werden soll.

Auf diese Fälle paßt trefflich der Begriff "Ermessungsspielraum" aus der Terminologie des Verwaltungsrechts³⁹⁾.

Dort ist einer Behörde von Gesetzes wegen die Entscheidung darüber belassen, aus mehreren Möglichkeiten, die alle gleichermaßen "rechtens" sind, die ihr am angemessensten, optimalsten erscheinende auszuwählen. Etwas "Gattungsmäßiges" haftet dieser Entscheidung nicht an.

Den Besonderheiten des Werkvertragsrechts am ehesten gerecht werden die Begriffe "Gestaltungsspielraum", "Gestaltungsfreiheit" im Gegensatz zum "Auswahlspielraum", "Auswählermessen" beim Gattungskauf.

- 4.) Die eben gezogene Parallele mit dem Verwaltungsrecht führt zum tieferen Grund, warum eine Werkvertragsschuld nicht mit einer Gattungsschuld gleichgesetzt werden kann:

Die Gattungsschuld ist, wie unter I. gezeigt, eine Kategorie der *S a c h s c h u l d*, während demgegenüber die Verpflichtung des Unternehmers eine *A r -*

39) Siehe hierzu Turegg-Kraus, Verwaltungsrecht, S.29ff; Wolff, Verwaltungsrecht I S. 169 ff § 31 II; Forsthooff, Verwaltungsrecht I, S. 80 ff § 5/1

b e i t s s c h u l d, und zwar der Untergruppe
"Werkschuld" ist.

a) Diese Charakterisierung der Werkvertragsschuld ist
der Lehre seit langem geläufig ⁴⁰⁾.

LOTMAR ⁴¹⁾ faßt den Werkvertrag mit mehreren anderen
Verträgen, insbesondere den Dienstvertrag, zum Ar-
beitsvertrag zusammen.

Nach RUCKDESCHEL ⁴²⁾ sind der Werkvertrag und der
Dienstvertrag auf Arbeit- oder Dienstleistungen ge-
richtet.

Mag sich auch in der neueren Literatur die Bezeichnung
des Werkvertrags als Arbeitsvertrag nicht mehr finden,
so ist darin jedoch keine praktisch bedeutsame Abwei-
chung von der früheren Ansicht zu sehen; denn § 631
II BGB legt das charakteristische Merkmal des Werk-
vertrags fest, wenn es als seinen Gegenstand jeden
"durch Arbeit oder Dienstleistung" herbeizuführenden
Erfolg bezeichnet.

b) Der wesentliche Unterschied zwischen einer Sach-
schuld und einer Arbeitsschuld in Form der Werkschuld
liegt darin, daß erstere die Verschiebung, Übertra-
gung der Herrschaft über bereits fertige körperliche
Gegenstände betrifft, also ein Umsatzgeschäft ist,
während bei letzterer eine menschliche Tätigkeit be-
grifflich unerlässlich ist ⁴³⁾ und das zentrale Merk-
mal bildet.

40) siehe Rümelin, Dienst- und Werkvertrag, S. 16,
Riezler, Der Werkvertrag nach dem BGB S. 30,
Niedermayer S. 10

41) I S. 269 ff

42) S. 2

43) so Staudinger-Riedel § 631 Anm. 2

c) Sachschuld und Werkschuld sind also begrifflich grundlegend verschieden ^{43a)}. Es geht also nicht an. Begriffe aus der einen Kategorie auf Tatbestände der anderen anzuwenden. Das gilt umso mehr, wenn aus dieser Anwendung rechtlich bedeutsame Konsequenzen gezogen werden; denn es wird ja versucht, aus dem Begriff des "Gattungsmäßigen" in Anlehnung an § 480 BGB auf eine Neuherstellungspflicht des Unternehmers zu schließen.

Daß insbesondere dieser weitergehende Schritt unzulässig ist, zeigt sich deutlich am Beispiel einer anderen Arbeitsschuld, nämlich der Dienstleistungspflicht. Ist es schon sehr zweifelhaft, ob es Fälle gibt, bei denen eine Dienstleistungspflicht je nach Vertragsgestaltung als eine lediglich gattungsmäßig bestimmte bezeichnet werden kann, so wäre es jedoch unzweifelhaft verfehlt, daraus den Schluß zu ziehen, der Dienstverpflichtete sei, falls seine Leistung nicht mittlerer Art und Güte entspreche, zu ihrer Wiederholung verpflichtet.

IV. Demnach war auch die Theorie WÜSTENDÖRFERS von der "hinkenden Speziesschuld" zum Scheitern verurteilt.

WÜSTENDÖRFER ⁴⁴⁾ sieht zwischen Speziesschuld und Gattungsschuld eine Mittelbildung, nämlich die Spezies-

43a) In anderem Zusammenhang zieht die h.A. hieraus weitreichende Konsequenzen, nämlich bei § 281 BGB: mit der Begründung, der Unternehmer schulde keinen Gegenstand, sondern ein Werk, ein Tun, wird die Anwendbarkeit des § 281 BGB auf den Werkvertrag abgelehnt; siehe RGZ 97/90; Staudinger-Werner § 281 Anm. 2; Erman § 281 Anm. 4; BGB RGRK § 281 Anm. 8

44) Das Problem der hinkenden Speziesschuld, ZHR 85/252

schuld mit eingestreuten Gattungsschuldelementen, wobei diese zwar mehr oder weniger stark hervorträten, das Gesamtverhältnis jedoch nicht ausfüllten. Außerdem gebe es eine Entwicklung, bei der sich eine Gattungsschuld in eine Speziesschuld umwandle. Beispielsweise nehme die Gattungsschuld, ein Schiff zu bauen, in dem Maße, wie der Bau fortschreite, allmählich Element einer Speziesschuld in sich auf, so daß schließlich im Verlauf des Baues der Zeitpunkt komme, wo sich die (hinkende) Gattungsschuld in eine (hinkende) Speziesschuld umwandle.

Soweit im Falle einer hinkenden Speziesschuld das Gattungsmäßige der Leistungsbestimmung das überwiegende Moment sei, gelange statt Speziesschuldrecht Gattungsschuldrecht zur Anwendung. Unmöglichkeit des Erfolges richte sich nicht nur nach § 275 BGB, sondern hänge davon ab, wo das Erfolgshindernis zu suchen sei, ob in der Sphäre der Speziessachen oder Spezieshandlungen oder der Gattungssachen oder Gattungshandlungen; je nachdem, ob das eine oder andere überwiege, gelange der Grundsatz des § 275 BGB oder des § 279 BGB zur Anwendung. Der Gedanke einer Neuherstellungspflicht liege nahe, wenn das Gattungsmäßige überwiege, während bei einem Spezieswerk der Gedanke an eine nachträgliche Verbesserung des Werkes das Nächstliegende sei. Wandle sich eine Gattungsschuld im Laufe der Herstellung in eine Speziesschuld, sei von diesem Moment ab eine Neuherstellungspflicht ausgeschlossen.

- 1.) In seiner Kritik hat WALSMANN ⁴⁵⁾ herausgestellt, der Unternehmer habe für den E r f o l g aufzukommen, wie er das mache, sei gleichgültig. Ob die Erreichung des Erfolges unmöglich sei, richte sich lediglich nach § 275 BGB.

45) ZHR 85/479

Im übrigen begrenze § 633 II BGB den Neuherstellungsanspruch auf das Zumutbare; da mit dem Umwandlungszeitpunkt bestimmt werden solle, was dem Unternehmer zuzumuten sei, bestimme sich der Umwandlungszeitpunkt selbst wiederum nach dem Zumutbaren - nach Ansicht WALSMANN'S ist also die Konstruktion überflüssig und hilft nicht weiter.

2.) KORINTENBERG ⁴⁶⁾ wirft WÜSTENDÖRFER ⁴⁷⁾ vor, es sei nicht richtig, den Entwicklungsprozess der Werksherstellung rechtlich in die einzelnen Teile aufzulösen, welche den einheitlichen Erfolg herbeiführten, weil es eben nur auf die Erreichung des Endziels der Vertragserfüllung ankomme. Neuherstellung richte sich weniger nach dem Grad des Gattungsmäßigen, sondern mehr danach, ob eine zumutbare Neuherstellung überhaupt möglich sei.

3.) Die Kritik ist berechtigt.

Die Konstruktion der hinkenden Speziesschuld und der Umwandlung von einer Gattungsschuld in eine Speziesschuld bringt nur Unsicherheiten. Sie vermag nicht zu überzeugen, schon deshalb nicht, weil, wie gezeigt, die Begriffe Gattungsschuld und Speziesschuld für das Werkvertragsrecht nicht passen.

V. "Gattungsschuld" ist kein Begriff, der auf das Werkvertragsrecht paßt. Demnach kann auch nicht aus ihm in Anlehnung an § 480 BGB auf eine Neuherstellungspflicht des Unternehmers geschlossen werden.

46) Erfüllung und Gewährleistung, S. 56

47) Weitere Auseinandersetzungen mit der Theorie
Wüstendörfers siehe Wasmer S. 36; Dinse S. 50

§ 14 Der Neuherstellungsanspruch und die Herstellung unvertretbarer Werke

§ 651 BGB unterwirft die Verpflichtung des Unternehmers, eine vertretbare Sache herzustellen, dem Kaufrecht, die Verpflichtung, eine nicht vertretbare Sache herzustellen, in wichtigen Bereichen dem Werkvertragsrecht.

Den Gegensatz "vertretbar - nicht vertretbar" zum Ausgangspunkt nehmend, argumentiert KOHLER ⁴⁸⁾, eine Neuherstellung sei ausgeschlossen, weil das herzustellende eine unvertretbare Sache sei.

Dieser Schluß ist nicht zwingend. Vertretbar heißt nach der Definition des § 91 BGB, daß das Werk im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegt. Unvertretbar heißt demnach nur, daß die Sache im Verkehr üblicherweise **n i c h t** nach Zahl, Maß und Gewicht bestimmt wird. **M e h r** kann aus dem Gegensatz "vertretbar - nicht vertretbar" nicht gefolgert werden. Das Begriffspaar wird nur wichtig beim Werklieferungsvertrag, wo das Urteil "vertretbar" oder "unvertretbar" über die Anwendung der Werkvertrags- oder Kaufvertragsregeln entscheidet.

Auch wenn ein Werklieferungsvertrag eine nicht vertretbare Sache zum Gegenstand hat, ist eine wiederholte Herstellung nicht von vornherein ausgeschlossen. Wenn ich z.B. für meine Küche einen speziell angefertigten Einbauschrank herstellen lasse, handelt es sich um eine unvertretbare Sache, dem Schreiner wird es jedoch möglich sein, **mehrere** Schränke anzufertigen.

Unvertretbar darf also nicht, wie es WÜSTENDÖRFER ⁴⁹⁾ tut, mit Speziesschuld gleichgesetzt werden.

48) Lehrbuch des BGB S. 368

49) ZHR 85/ S. 262

§ 15 Der Neuherstellungsanspruch und Unmöglichkeit
aus der "Natur der Sache".

Das Interesse, das die Begriffe "Gattungsschuld - Speziesschuld" "vertretbar - nicht vertretbar" gefunden haben, verstellt möglicherweise den Blick auf die wesentliche Fragestellung: ist eine Neuherstellung mit der "Natur der Sache", mit dem typischen Werkvertragsinhalt überhaupt vereinbar? Ist nach Herstellung des Werkes eine weitere Herstellung überhaupt möglich?

I. Was versteht das Gesetz unter "Werkvertrag"?

Ausgangspunkt ist § 631 II BGB: Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

Bereits auf den ersten Blick erkennt man, daß unter diese Definition eine Vielzahl von Verträgen fällt, die sich in ihren Erscheinungsformen sehr erheblich voneinander unterscheiden und deren einzige Verwandtschaft oftmals darin besteht, daß der "Unternehmer" einen Erfolg schuldet.

Werkvertrag ist demnach der Vertrag mit dem Schneider über die Herstellung eines Anzugs, der Vertrag mit einem Malermeister über das Anstreichen einer Wand ebenso wie der Vertrag mit einem Künstler über die Anfertigung eines Bildes, die Tätigkeit des Schusters fällt ebenso unter den Begriff Werkvertrag wie die Beauftragung eines Konzerns mit der Herstellung eines Atomreaktors, die Aufführung eines Konzertes ist ein "Werk" wie die Veranstaltung eines Motorradrennens, die Anfertigung eines juristischen Gutachtens durch einen Professor ebenso wie die Anfertigung von Bauplänen durch einen Architekt-

ten, eine Taxifahrt ebenso wie die Reparatur des Taxis, der Bau eines Hauses wie dessen Abbruch, die Herstellung einer Spezialmaschine ebenso wie die Reparatur des Badeofens.

Diese Vielfalt ist verwirrend. Alle diese Verträge lassen sich jedoch in gewisse Kategorien einteilen.

- 1.) Bereits die Fassung des § 631 II BGB ("...sowohl... Sache ... als ein anderer ... Erfolg") ergibt, daß es Werke mit körperlichem Substrat - "Sache" - und solche ohne körperliche Existenz - "als ein a n d e - r e r ... Erfolg" - gibt.

Herkömmlicherweise bezeichnet man die erste Alternative als "materielle Werke", die zweite als "immaterielle Werke" 50).

- 2.) Liest man § 631 II BGB im Zusammenhang mit § 651 BGB, unterscheidet das Gesetz, ob der Besteller dem Unternehmer den Stoff zur Be- oder Verarbeitung liefert oder ob der Unternehmer den Stoff für die Herstellung selbst beschaffen muß.

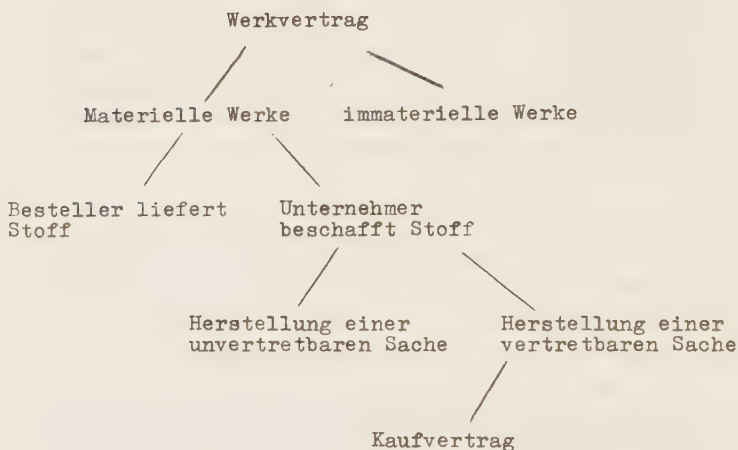
Letztere Verträge bezeichnet man als Werklieferungsverträge. Sie sind nach dem Wortlaut des Gesetzes eher Kauf- als Werkverträge.

Innerhalb dieser Verträge ist von Bedeutung, ob eine vertretbare oder eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist. Im letzteren Fall werden gewisse in § 651 BGB näher bezeichnete Kaufvorschriften durch Bestimmungen über den Werkvertrag ersetzt. Wegen dieser Kombination von Kaufvertrags- und Werkvertragsselementen wird der Werklieferungsvertrag über die Herstel-

50) Heck, Schuldrecht, S. 344: "Sachwerk"; F. Beyerle, zit. nach Esser S. 164 § 79 I 2: "Leistwerk"

lung einer nicht vertretbaren Sache herkömmlicher-
weise zum Kreise der Werkverträge gezählt.

3.) Zusammenfassend läßt sich folgendes Bild aufzeich-
nen:



II. 1.) Bereits aus der Struktur der Werkvertragsvorschriften ergibt sich, daß der Werklieferungsvertrag nicht das Modell gewesen sein kann, von dem der Gesetzgeber ausging. Denn nach dem Wortlaut des § 651 BGB gilt grundsätzlich Kaufvertragsrecht, lediglich bei Herstellung nicht vertretbarer Sachen werden gewisse Vorschriften des Kaufvertragsrechts - insbesondere über die Sachmängelhaftung - durch Vorschriften aus dem Werkvertragsrecht verdrängt ⁵¹⁾.

51) Zur Entstehungsgeschichte siehe Emerich S. 13 ff

Der Werklieferungsvertrag ist daher bestenfalls ein Zwitter, aber kein typischer Werkvertrag.

- 2.) Die Entstehungsgeschichte der Werkvertragsnormen zeigt, daß ursprünglich die sog. "immaterielle Werke", ebenso wie der Werklieferungsvertrag, in einer besonderen Vorschrift erfaßt und im Wege der Analogie den Werkvertragsvorschriften unterstellt werden sollte. Die zweite Kommission hielt aber schließlich eine eigene Vorschrift für überflüssig und bezog die immateriellen Werke in den § 631 BGB mit ein ⁵²⁾.

Damit sind auch die immateriellen Werke keine typischen Werke; sie sind nur aus redaktionellen und Zweckmäßigkeitsgründen in die Definition des § 631 BGB aufgenommen worden.

Demnach steht fest, daß der Gesetzgeber von dem Modell des "reinen Werkvertrages" ausging, nämlich davon, daß der Besteller dem Unternehmer einen Stoff liefert, den dieser be- oder verarbeiten soll.

- 3.) a) Dieses Modell entspricht der damaligen wirtschaftlichen Situation und der geschichtlichen Entwicklung des Handwerkes.

Werkvertragsrecht war in früheren, vorindustriellen Zeiten Handwerkerrecht ⁵³⁾. Mehr als heute war vom Handwerk deutlich zu trennen der Handel: die Materialbeschaffung stand neben der Materialverarbeitung, und zwar so, daß sich der Besteller vielfach das Material von einem Händler/Verkäufer besorgte und es dem Unternehmer zur Be- oder Verarbeitung brachte. Die Bereit-

52) Vergl. Mot II S. 470

53) Fikentscher, Schuldrecht, S. 500 § 80 I 3:

"ursprünglich hat der Werkvertrag seine Hauptbedeutung für die Handwerker"

stellung von Material durch den Unternehmer war schon deshalb seltener, weil seine Beschaffung finanzielle Aufwendungen erforderte.

Diese Situation hat sich geändert: aus Handwerk wurde größtenteils Industrie. Schon wegen der oftmaligen Kompliziertheit der herzustellenden Güter ist eine Materialbeschaffung/-lieferung durch den Besteller in vielen Fällen ausgeschlossen, außerdem wird es ihm überwiegend an Sachkunde und Bezugsquellen fehlen.

b) In gewisser Weise hat sich also das Schwergewicht vom "reinen" Werkvertrag zum Werklieferungsvertrag verschoben. Diese Entwicklung darf jedoch nicht dazu führen, daß die Probleme des Werkvertrags nur mehr durch die "Brille" des Werklieferungsvertrages gesehen werden. Denn der "reine" Werkvertrag ist nicht ausgestorben, im Gegenteil, er erlebt gerade in jüngster Zeit eine Renaissance.

Das fängt schon beim ehrbaren Handwerk der Schneider an. Der ständig sich vergrößernde Wohlstand macht anspruchsvoller. Man kann sich gute Qualität und Individualität etwas kosten lassen. Maßkleidung ist daher immer mehr gefragt.

Zwar ist dieser Umstand von Bedeutung, weil damit das typische "Lehrbuchbeispiel" der Anfertigung eines Anzugs am Leben erhalten bleibt. Wichtiger jedoch ist eine Erscheinung, die als "Lohnauftragsverhältnis" bezeichnet wird.

Bei dieser Art von Verträgen liefert ein Industriebetrieb - üblicherweise ein großer - einem andern Betrieb - meist einem kleineren Betrieb für Spezialaufträge - Halbfertigerzeugnisse. Der Spezialbetrieb hat sie weiter zu bearbeiten, indem er beispielsweise Fräs-, Bohr-, Löt- oder Schweißarbeiten ausführt, oder

indem er die gelieferten Teile galvanisiert, d.h. z.B. vernickelt oder verchromt. Gerade in einer hochindustrialisierten, also auch hochspezialisierten Gesellschaft stellen derartige Lohnauftragsverhältnisse einen erheblichen Teil der Zusammenarbeit Handwer - Industrie dar, und der Anteil wird sicherlich noch zunehmen 54).

Das charakteristische Merkmal des "reinen" Werkvertrags ist also die Lieferung des Materials durch den Besteller.

III. Das charakteristische Merkmal des "reinen" Werkvertragsmodells ist also, daß der Besteller dem Unternehmer Material zur Bearbeitung oder Verarbeitung liefert. Es ist zu prüfen, ob bei diesem Modell Neuherstellung überhaupt denkbar ist.

1.) Zunächst soll der Begriff Neuherstellung näher beleuchtet werden.

Hierbei wäre eine abstrakte Definition fehl am Platze. Denn da § 633 II BGB dem Besteller den Mängelbeseitigungsanspruch gibt, ist nur das von Interesse, was über eine Mängelbeseitigung hinausgeht. Neuherstellung muß also in Wechselbeziehung zur Mängelbeseitigung gesehen werden.

Die Frage spitzt sich darauf zu, ob bei einer Mängelbeseitigung die Identität des Werkes gewahrt bleiben muß. Hieran knüpft sich die weitere Frage, ob darunter lediglich die stoffliche Identität oder auch die

54) Esser, Schuldrecht II, S. 164 § 79 I 2: "Das Sachwerk als Neuschöpfung ist der typische Vertrag für die Veredelungsindustrie und für die schöpferische Werkstattarbeit"

konkrete Erscheinungsform zu verstehen ist.

Diese Frage ist im ersteren Sinne zu bejahen. Das bedeutet: es liegt auch dann noch Mängelbeseitigung vor, wenn das bereits hergestellte, aber fehlerhafte Werk zwecks Mängelbeseitigung in alle Einzelteile, in seine Ausgangsstoffe zerlegt und sozusagen von Grund auf "neu" hergestellt wird ⁵⁵⁾.

§ 633 II BGB verpflichtet den Unternehmer zur Beseitigung des Mangels. Neben der Begrenzung seiner Mängelbeseitigungspflicht in S. 2 wird die Verpflichtung des Unternehmers begrenzt durch die stoffliche Identität, die das Werk trotz Mängelbeseitigung bewahren muß ⁵⁶⁾. Diese Einschränkung ergibt sich bereits aus der sprachlichen Bedeutung des Wortes "Mängelbeseitigung"; denn wenn neuer Stoff verarbeitet würde, würde ohne Zweifel eine Neuherstellung vorliegen.

- 2.) Eine Neuherstellung liegt also nur vor, wenn das Werk aus neuem Material hergestellt werden soll.

Ein Neuherstellungsanspruch würde daher voraussetzen, daß entweder der Unternehmer oder der Besteller neues

55) So auch Fikentscher, Schuldrecht, S. 502 § 80 II 1 a: für § 633 sei es belanglos, ob der Unternehmer wegen der Schwere des Mangels ganz von vorne anfangen müsse. Allerdings bejaht Fikentscher den Neuherstellungsanspruch, so daß sich diese Auffassung des Mängelbeseitigungsanspruchs bereits aus dem Erfüllungsbegriff ergibt.

Anders Korintenberg, Diss., S. 415: es sei auf Individualität abzustellen, die bei völliger Umarbeitung verloren ginge.

56) So auch Herding-Schmalzl, VOB S. 343/Ziff. 37/8: das Werk müsse wenigstens seiner Substanz nach erhalten bleiben

Material beschafft 57).

a) Der Unternehmer hat sich verpflichtet, das vom Besteller gelieferte Material zu verarbeiten. Die Beschaffung des Materials - mit Ausnahme von Zutaten oder Nebensachen - obliegt also nach dem Vertragsinhalt nicht dem Unternehmer.

Daran ändert sich nichts deshalb, weil der Unternehmer etwa die Unbrauchbarkeit des gelieferten Materials für eine weitere Herstellung zu vertreten hat: der Umfang seiner Pflichten ist mit dem Vertragsschluß festgelegt, nachträgliche Umstände vermögen ihn nicht zu verändern 58).

b) Eine Beschaffungspflicht kann auch nicht aus dem Gesichtspunkt des Schadenersatzes und dem Grundsatz der Naturalrestitution hergeleitet werden.

aa) Eine Naturalrestitution über §§ 635/249 BGB entfällt schon deshalb, weil für die Anwendbarkeit des § 635 BGB der Ausschluß des Erfüllungsanspruchs erforderlich ist, eine Naturalrestitution des Materials also keinesfalls zur Erfüllung des Werkver-

57) R. Schmidt, Schuldrecht, S. 123 § 49 III 2 c, stellt zwar die Frage, ob der Unternehmer bei Untergang des Werkes zur Neuherstellung verpflichtet sei, z.B. wenn "der aus dem Stoff des Bestellers hergestellte Anzug ... vor der Übergabe an den Besteller" verbrennt, und er bejaht die Frage. Das Problem, woher der Stoff zu nehmen ist, bleibt ungelöst oder wird übersehen.

58) Im Ergebnis Dinse, Diss., S. 53

trags führen kann 59).

bb) Auch der Weg über §§ 823/249 BGB kann nicht dazu führen, daß der Besteller zur Beschaffung neuen Materials für eine zweite Herstellung verpflichtet ist.

An § 823 BGB ist deshalb zu denken, weil der Unternehmer durch fehlerhafte Verarbeitung des vom Besteller gelieferten Materials dessen Eigentum verletzen könnte - ähnlich wie der Arzt, dem ein Kunstfehler unterläuft, eine Körperverletzung begeht.

Eine Neuherstellungspflicht, beruhend auf einer Naturalrestitution, muß jedoch abgelehnt werden. Schadensersatz - auch Naturalrestitution - dient zum endgültigen und unmittelbaren Ausgleich einer Vermögenseinbuße des Geschädigten. Eine Beschaffungspflicht nach § 249 BGB mit anschließender Herstellungspflicht würde jedoch keinen endgültigen Ausgleich darstellen, sondern lediglich eine Vorstufe für noch zu erbringende Leistungen - nämlich der Neuherstellung 60).

Im übrigen wäre eine so begründete Neuherstellungspflicht von rein akademischem Interesse. Eine Naturalrestitution über § 823 BGB würde eine *s c h u l d - h a f t e* Eigentumsverletzung voraussetzen und bei Verweigerung eine Entschädigungspflicht in Geld auslö-

59) Vergl. hierzu BGH L-M § 635 Nr. 7 (23.11.61): Naturalrestitution i.S.d. § 635 BGB bedeute dasselbe wie die ursprünglich geschuldete Leistung, und es sei mit dem Sinn des § 635 unvereinbar, im Ergebnis auf den Erfüllungsanspruch zurückzugreifen; außerdem komme dies einer Mängelbeseitigung gleich, die aber nach § 634 I 3 BGB ausgeschlossen sei.

60) So im Ergebnis bereits RGZ 107/342: Schadensersatz nach § 249 kann, wo er zu fordern ist, in der Regel nicht zur Erfüllung führen.

sen, § 251 BGB. Unter dieser Voraussetzung gewährt aber schon § 635 BGB einen Schadensersatzanspruch, ohne daß gewundene Konstruktionen notwendig wären. Insbesondere sind unter der Geltung des modernen Schadensersatzbegriffes keine Fälle mehr denkbar, wo der Besteller bei Verletzung eine evtl. Neuherstellungspflicht durch den Unternehmer besser gestellt wäre als er mit § 635 BGB bereits ist.

Schließlich wäre die Frage, woher der Unternehmer den Stoff beschaffen soll, nicht leicht zu beantworten. Müßte es ein völlig identischer oder könnte es ein ähnlicher, gleichwertiger sein ?

c) Muß der Besteller neues Material liefern, wie OERTMANN ⁶¹⁾ offenbar annimmt ?

Es erhellt auf den ersten Blick, daß diese Ansicht nicht zutreffend sein kann. Eine Nachlieferungspflicht würde bedeuten, daß der Besteller eine nicht vorgesehene Vermögenseinbuße erleidet, weil er entweder Geldmittel für eine anderweitige Beschaffung aufwenden oder aber seinen Vorrat dezimieren müßte.

d) Der Unternehmer ist auch dann nicht zur erneuten Herstellung verpflichtet, falls sich der Besteller bereiterklärt, ihm nochmals Material zur Verfügung zu stellen.

Es ginge nicht an, in das Belieben des Bestellers zu stellen, ob das "Erfüllungsziel" erreicht wird oder nicht. Denn insbesondere bei gegenseitigen Verträgen müssen die beiderseitigen Rechte und Pflichten exakt festliegen.

Außerdem verpflichtet sich der Unternehmer, wie be-

61) Grünhut 24/1 ff

reits dargetan, zur Be- oder Verarbeitung des vom Besteller gelieferten Materials. Ist dieses Material verbraucht, kann also daraus nicht mehr das versprochene Werk hergestellt werden, liegt endgültige Unmöglichkeit vor. Die Situation ist hier ähnlich wie beim Spezieskauf; bei Untergang der verkauften Sache liegt auch dann Unmöglichkeit vor, wenn es sich um eine vertretbare Sache handelte, die Lieferung einer gleichwertigen Sache aber möglich wäre.

- 3.) Demnach ist bei dem Typ von Werkvertrag, bei dem der Unternehmer den vom Besteller gelieferten Stoff verarbeiten muß, eine Neuherstellung dann ausgeschlossen, wenn das vom Besteller gelieferte Material verbraucht ist ⁶²⁾.

Es könnte nun gesagt werden, dieser Umstand spreche nicht gegen die grundsätzliche Bejahung des Neuherstellungsanspruchs, weil dieser sowieso an die Voraussetzung gebunden sei, daß eine Neuherstellung überhaupt möglich sei; es liege dann eben Unmöglichkeit einer Neuherstellung vor, wenn weder der Besteller noch der Unternehmer zur Ersatzbeschaffung des Stoffes verpflichtet sei ⁶³⁾.

62) So Dochnahl JJB 48 S. 244: beim reinen Werkvertrag liege stets objektive Unmöglichkeit vor, wenn die zu bearbeitende Sache untergehe oder eine nicht zu beseitigende Verschlechterung erleide. Auch wenn sich diese Sache wirtschaftlich als eine vertretbare charakterisiere, werde sie durch die Hingabe zur Bearbeitung für den Vertrag zu einer individuell bestimmten, denn nur diese und keine andere solle bearbeitet werden.

63) So ausdrücklich Wasmer S. 28. Das Paradoxe dieser Ansicht kommt in folgendem Beispiel Wasmers zum Ausdruck: "Der Schneider, dem mein Anzug bei einem

Eine solche Argumentation ist jedoch dogmatisch nicht haltbar.

a) "Neuherstellungspflicht, sofern Neuherstellung möglich" setzt voraus, daß grundsätzlich eine Neuherstellung möglich ist, daß der Unternehmer jedoch infolge besonderer Umstände im Einzelfall von dieser Pflicht frei wird.

Dieses "Grundsatz-Ausnahme-Verhältnis" ist in § 480 BGB gewahrt: dort wird bei Vertragsschluß davon ausgegangen, daß mehrere Gegenstände erfüllungsfähig sind, daß also dem Verkäufer bei Untauglichkeit eines Gegenstandes noch weitere zur Verfügung stehen.

b) Beim "reinen" Werkvertrag, also dem Modell des Gesetzgebers, ist eine Neuherstellung grundsätzlich **n i c h t** möglich. Der Grundsatz "Neuherstellungspflicht, falls Neuherstellung möglich" ist also verfehlt. Ob er bei Werklieferungsverträgen paßt, kann zunächst dahinstehen.

c) Wollte man diesen Grundsatz für berechtigt und möglich erachten, müßte auch für das gesamte Kaufrecht der Grundsatz aufgestellt werden können: **Nachlieferungspflicht, sofern Nachlieferung möglich.** Bei Spezieskauf müßte man eben - wie beim reinen Werkvertrag - Unmöglichkeit einer Nachlieferung annehmen.

Fortsetzung von

- 63) Zimmerbrand mitverbrannt ist, und der an sich zur Neuherstellung verpflichtet ist und dazu auch bereit wäre, kann diese deshalb nicht ausführen, weil ich den englischen Wollstoff, aus dem der Anzug hergestellt war, nicht mehr bekomme und deshalb auch nicht mehr zur Verfügung stellen kann.

Einen derartigen Standpunkt hat bis jetzt noch niemand vertreten, obwohl er gar nicht so abwegig wäre:

Der Gesetzgeber hat im Kaufrecht eine scharfe Grenze zwischen Spezies- und Gattungskauf gezogen. Lediglich beim Gattungskauf wurde aus bekannten Gründen eine Nachlieferungspflicht des Verkäufers festgelegt. Betrachtet man jedoch Spezies- und Gattungskauf näher, ist fraglich, ob in jedem Fall die innere Rechtfertigung der Grenzziehung gegeben ist.

Es läßt sich beispielsweise ein Käufer in einem Radiofachgeschäft verschiedene Rundfunkgeräte vorführen. Er entscheidet sich schließlich für ein bestimmtes Modell.

Läßt der Verkäufer ein gleiches Modell in Originalverpackung aus dem Lager holen und übergibt er es dem Käufer, liegt Gattungskauf vor. Sind sich Käufer und Verkäufer darüber einig, daß dieser gerade das vorgeführte, ausgetriebte Modell erwerben soll, liegt - dogmatisch gesehen - Spezieskauf vor.

Im einen Fall soll ein Nachlieferungsanspruch, im anderen dagegen nicht gegeben sein - ein Ergebnis, das oft vom Zufall abhängen wird.

Noch eklatanter ist die Situation, wenn jemand in einem Bekleidungshaus einen Anzug kauft. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß ein Spezieskauf vorliegt, wenn er den Anzug erwirbt, den er anprobiert und für gut befunden hat. Zeigt sich nachträglich - bevor der Anzug getragen wird - ein gravierender Mangel, wäre die Reaktion des Käufers, einen Umtausch des Anzugs in ein gleiches Modell zu verlangen, bzw. die Reaktion des Verkäufers, einen solchen "Umtausch" anzubieten, gar nicht so abwegig, obwohl das Gesetz diesen Weg an sich abschneidet.

Eine Nachlieferungspflicht beim Spezieskauf läßt sich also grundsätzlich mit dem Gesetz nicht vereinbaren. Der Grundsatz "Nachlieferungspflicht, soweit Nachlieferung möglich" kann also nicht auf das gesamte Kaufrecht, sondern nur auf Gattungskauf Anwendung finden.

- IV. Beim "eigentlichen", "reinen" Werkvertrag, dem Modell des Gesetzgebers, ist eine Neuherstellung bereits aus der "Natur der Sache" ausgeschlossen, wenn der vom Besteller gelieferte Stoff verbraucht ist, ähnlich wie beim Spezieskauf eine Nachlieferung.

Die Grenze von Mängelbeseitigung zur Neuherstellung wird erst dann überschritten, wenn die stoffliche Identität des hergestellten Werkes nicht gewahrt bleibt.

D r i t t e r T e i l

Schlußfolgerungen und eigene Meinung.

§ 16 Die §§ 633 - 635 BGB als ausschließliche Sonder-
vorschriften.

Die bisherigen Ergebnisse zusammengefaßt ergeben folgendes Bild:

- 1.) Die praktische Bedeutung des Neuherstellungsanspruchs ist gering.
- 2.) Nach der Entstehungsgeschichte der Werkvertraglichen Vorschriften über mangelhafte Herstellung soll der Besteller nur das Mängelbeseitigungsrecht, nicht aber einen Neuherstellungsanspruch haben.
- 3.) Diese gesetzgeberische Vorstellung hat ihren Niederschlag in § 633 II BGB gefunden.
- 4.) Der Umkehrschluß aus dem Nachlieferungsanspruch aus § 480 BGB stützt die einschränkende Wirkung des § 633 II BGB.
- 5.) Die Herstellungspflicht des Unternehmers ist keine Gattungsschuld, es besteht also keine Parallele zwischen "Nachlieferungsanspruch" und "Neuherstellungsanspruch".
- 6.) Der "Erfüllungsgrundsatz" zwingt nicht zur Bejahung eines Neuherstellungsanspruchs.

- 7.) Beim "reinen" Werkvertrag ist eine Neuherstellung aus der "Natur der Sache" ausgeschlossen.
- 8.) Die Rechte aus §§ 634/635 BGB sind fast deckungsgleich mit denen aus §§ 325 ff BGB.
- 9.) Die allgemeinen Rechte aus §§ 325 ff BGB verstärken die Position des Bestellers lediglich unter den Voraussetzungen, die für den Neuherstellungsanspruch verlangt werden.
- 10.) Die Anwendung der §§ 325 ff BGB neben §§ 634/635 BGB bringt große praktische Schwierigkeiten.
- 11.) Die Verweisung in § 636 BGB auf die allgemeinen Verzugsnormen gilt hinsichtlich der Rechte aus § 326 BGB nur für nicht rechtzeitige, nicht aber für rechtzeitige, wenn auch mangelhafte Herstellung.

Diese Einzelheiten sind in folgende Thesen zusammenzufassen:

- 1.) Der Besteller kann bei Herstellung eines mangelhaften Werkes vom Unternehmer lediglich Mängelbeseitigung, nicht aber Neuherstellung verlangen ¹⁾.

1) So die ältere Lehre: vergl. Lotmar, Arbeitsverträge II, S. 670, 665; Cosack, Schuldrecht, S. 694 § 148/5 c; Crome, Schuldverhältnisse § 265 Anm. 37; Dernburg, Schuldverhältnisse; Niedermayr, Die Mängelbeseitigung beim Werkvertrag, Diss., S. 24; Kohler,

- 2.) Stellt der Unternehmer das Werk rechtzeitig, wenn auch mangelhaft her, verdrängen die Rechte des Bestellers aus §§ 634/635 BGB als spezielle Regelung die allgemeinen Rechte aus §§ 325 ff BGB ²⁾.

Fortsetzung von

- 1) Schuldrecht II, S. 368; Simons, Die Mängelhaftung beim Werkvertrag, Diss., S. 23 ff; Frye, Mängelhaftung im Werkvertrag, Diss., S. 20 ff; Leonhardt, Schuldrecht, S. 218.

Aus neuerer Zeit spricht sich nur noch Achilles-Greif, § 633 Anm. 3, unter Bezug auf die RG-Rspr. gegen den Neuherstellungsanspruch aus.

- 2) Lotmar, Arbeitsverträge II, S. 670, 665; Ortmayer, Die Mängelgewähr beim Werkvertrag, Diss., S. 11 f; Pschorr, S. 22, soweit es sich um Unmöglichkeitfolgen handelt; Neumann § 633 Anm. 1; Heilfron, Schuldrecht, S. 652; Simon S. 26

§ 17 Erfüllungspflicht und Erfüllungsanspruch.

Nachdem geklärt ist, daß der Besteller lediglich Mängelbeseitigung, nicht aber Neuherstellung verlangen kann, ist nunmehr auf die oben in § 10 offengelassene Frage eine Antwort zu geben, ob sich also die Erfüllungspflicht des Unternehmers mit dem Erfüllungsanspruch des Bestellers deckt.

- I. Ausgehend von § 633 I BGB ist der h.A. darin zuzustimmen, daß der Unternehmer zur Herstellung eines *m a n - g e l f r e i e n* Werkes verpflichtet ist. Der Wortlaut dieser Vorschrift ist so eindeutig, daß eine andere Interpretation nicht möglich ist.

Ebenfalls zutreffend ist die einhellige Ansicht in Schrifttum und Rechtsprechung, der Mängelbeseitigungsanspruch sei ein auf Erfüllung gerichteter Anspruch ³⁾. Es ist zwar nicht identisch mit dem "ursprünglichen Erfüllungsanspruch" - weder in seiner Reichweite noch in seiner näheren Ausgestaltung -, trotz aller Unterschiede behält er aber den Charakter eines Erfüllungsanspruchs.

- II. Wenn feststeht, daß der Besteller bei rechtzeitiger Herstellung eines mangelhaften Werkes lediglich Mängelbeseitigung verlangen kann, und daß die §§ 634/635 BGB als Sondernormen die §§ 325 ff BGB verdrängen, ergibt

3) Diese Ansicht vertreten sämtliche Anhänger des Neuherstellungsanspruchs, aber auch seine Gegner, vergl. Plank-Oegg § 633 Anm. 2; Pschorr S. 56; Emerich S. 71. Anders nur eine ältere Meinung, die ihm als Gewährleistungsanspruch begriff (vergl. Korintenberg, Diss., S. 401)

sich daraus logisch, daß sich die Erfüllungspflicht des Unternehmers und der Erfüllungsanspruch des Bestellers nicht völlig decken, daß vielmehr in einer gewissen, wenn auch kleinen Anzahl möglicher Fälle die Verpflichtung des Unternehmers weiter reicht als die rechtliche Möglichkeit des Bestellers, sie unmittelbar zu erzwingen.

Mag auch die Kongruenz von Erfüllungspflicht und Erfüllungsanspruch im deutschen Recht das übliche sein, so bestehen jedoch gegen ein Konkongruenz weder logische noch dogmatische Bedenken ⁴⁾.

Ein Ausdruck dieses Auseinanderklaffens von Erfüllungspflicht und Erfüllungsanspruch ist § 633 II 2 BGB, wonach der Unternehmer eine Mängelbeseitigung bei unverhältnismäßigem Aufwand verweigern kann. Es liegt auf der Hand, daß auch ein unverhältnismäßiger Aufwand an sich die Verpflichtung des Unternehmers zur mangelfreien Herstellung nicht berührt, sonst wäre die Ausgestaltung dieses Unternehmerrechts als Einrede verfehlt. Lediglich der durchsetzbare Erfüllungsanspruch in Form des Mängelbeseitigungsanspruchs wird durch diese Einrede blockiert ⁵⁾.

Noch viel radikaler als hier fällt nach Ansicht einiger moderner Schriftsteller im Spezieskaufrecht die Erfüllungspflicht des Verkäufers und der Erfüllungsanspruch des Käufers auseinander.

Nach überkommener Ansicht war der Verkäufer dem Käufer gegenüber lediglich zur Übergabe und Übereignung der

4) Vergl. hierzu Graue S. 288 f zur ähnlichen Problematik beim Stückkauf

5) Im Ergebnis übereinstimmend Endemann, Schuldrecht, § 175 Anm. 65, der bereits erkannte, daß § 633 II 2 BGB lediglich den "Erfüllungszwang" versagt.

gekauften Sache verpflichtet. Seine Leistungspflicht erstreckt sich nicht auf die Freiheit von Sachmängeln. Er müsse hierfür lediglich eine von der Leistungspflicht verschiedene Gewährleistungspflicht übernehmen.

Nach neuerer Ansicht ⁶⁾ handelt es sich dagegen bei der Mängelhaftung des Verkäufers nicht um eine von der Erfüllungspflicht grundsätzlich verschiedene Gewährleistungspflicht. Vielmehr verpflichtete sich der Verkäufer, die Sache frei von Sachmängeln zu liefern; diese Verpflichtung sei lediglich nicht durchsetzbar. Entspreche die Sache nicht der vertraglich ausbedungenen Beschaffenheit, träten nicht die allgemeinen Folgen der Nichterfüllung, sondern die Sanktionen der §§ 459 ff BGB ein.

Im Ergebnis besteht nach dieser Ansicht eine Verpflichtung des Verkäufers, die vom Käufer nicht direkt durchsetzbar ist und deren Nichterfüllung lediglich gewisse Sanktionen mit sich bringt. Immerhin besteht beim Werkvertrag ein Erfüllungsanspruch in Form des Mängelbeseitigungsanspruchs, der fast so weit geht wie der "ursprüngliche Erfüllungsanspruch".

Auffallend ist die Inkohärenz der Vertreter ⁷⁾ dieser Ansicht hinsichtlich der Folgen mangelhafter Herstellung beim Werkvertrag: während aus der vertraglichen Ver-

6) Es ist hier nicht der Platz, diese Problematik im einzelnen darzustellen und Stellung zu beziehen. Vergl. hierzu Larenz S. 54 ff § 37 II e; Soergel-Ballerstedt Vorbem. 9 ff zu § 459; Ermann-Sirp Vorbem. IV 1 zu § 459; Staudinger-Ostler Vorbem. 3 zu § 459; insbesondere Graue, Die mangelhafte Lieferung beim Kauf beweglicher Sachen, S. 130 ff, 265 ff.

7) Zu denen auch Korintenberg gehört (vergl. "Abschied von der Gewährleistung", Justizblatt 1947, S. 69 ff-

pflichtung des Stückverkäufers auf Lieferung einer mangelfreien Sache niemand einen (Erfüllungs-)Anspruch des Käufers auf Mängelbeseitigung oder gar Nachlieferung herleitet, soll der Besteller wegen der Erfüllungspflicht des Unternehmers einen Neuherstellungsanspruch haben.

Dieser Zwiespalt wird geradezu paradox, wenn man sich die Praxis beim Verkauf fabrikneuer Sachen vor Augen hält.

Es bedarf keines Nachweises, daß auch serienmäßig gefertigte Massengüter als Speziessachen verkauft werden können.

Üblicherweise wird auch bei solchen Geschäften unter Ausschluß der Rechte aus §§ 459 ff BGB dem Käufer ein Anspruch auf Nachbesserung, ja sogar auf Umtausch eingeräumt. Die Praxis gewährt also Rechte, die die juristische Dogmatik gerade ausgeschlossen sehen will, und umgekehrt.

Es wäre eher zu erwarten gewesen, daß die Vertreter der Erfüllungspflicht beim Kauf dem Käufer ein Nachbesserungsrecht einräumten und den Besteller in richtiger Erkenntnis der einschränkenden Wirkung der §§ 633 ff BGB auf den Mängelbeseitigungsanspruch beschränkten, statt für den Kauf- und Werkvertrag derart extreme Folgen einer mangelhaften Leistung für richtig zu halten.

§ 18 Interessenlage und Neuherstellungsanspruch.

Es wurde gezeigt, daß aus dogmatischen Gründen ein Neuherstellungsanspruch abzulehnen ist. Es bleibt noch zu prüfen, ob die Interessenlage oder gar Sachzwänge es erfordern, sich über dogmatische Bedenken hinwegzusetzen und dem Besteller einen Neuherstellungsanspruch zu gewähren ⁸⁾.

- I. Es wurde dargelegt, daß ein Neuherstellungsanspruch und in dessen Gefolge die §§ 325/326 BGB die Position des Bestellers nur in der Fallgruppe verbessern, wo der Mangel des Werkes vom Unternehmer nicht verschuldet und eine neue Herstellung möglich ist, aber vom Unternehmer grundlos verweigert oder schuldhaft unmöglich gemacht wurde. In allen anderen Fällen ist die Konstruktion des Neuherstellungsanspruchs nur umständlich und verwirrend, ohne dem Besteller einen Vorteil zu gewähren, weil jeweils mit § 325 bzw. 326 BGB der Schadensersatz des § 635 BGB gegeben ist.

Diese eine Fallgruppe ist kein geeignetes Objekt, um die ausgewogene Regelung von Leistungsstörungen in §§ 633 II ff BGB, hervorgerufen durch Herstellung eines mangelhaften Werkes, umzustoßen. Der Besteller ist durch diese Sonderregelungen genügend geschützt.

Darüberhinaus bedarf gerade der Unternehmer, dem bei der Herstellung ein Fehler unterlaufen ist, den er auch bei Beachtung aller Sorgfalt nicht vermeiden konnte und den er daher nicht zu vertreten hat, eine gewisse Scho-

8) Da diese Situation, wie sich zeigen wird, nicht gegeben ist, braucht nicht darauf eingegangen zu werden, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen ein solcher Weg überhaupt gangbar ist.

nung. Zwar überzeugt es nicht, wenn mitunter argumentiert wird, bei Bejahung des Neuherstellungsanspruchs behalte der Unternehmer das Werk "auf dem Halse" ⁹⁾. Diese Gefahr besteht auch dann, wenn der Besteller nach § 634 BGB wandelt, oder gegebenenfalls bei Abwicklung seines Schadensersatzanspruches gemäß § 635 BGB. Eine Schonung ist vielmehr in anderer Richtung berechtigt:

Hat der Unternehmer den Mangel nicht zu vertreten, setzt er sich höchstens der Gefahr aus, daß der Besteller wandelt oder mindert. Bleibt er zur Neuherstellung verpflichtet, besteht die Gefahr, daß er sich schadensersatzpflichtig macht, und zwar entweder dadurch, daß das neue Werk einen **v e r s c h u l d e t e n** Mangel aufweist ¹⁰⁾ oder daß er in vertretbarer Weise in Verzug gerät oder daß er schuldhaft die Unmöglichkeit neuer Herstellung herbeiführt. Das hätte zur Folge, daß er nicht nur zweimal vergeblich seine Arbeitskraft aufgewandt, seine Betriebseinrichtungen beansprucht hätte, er müßte auch noch einen dem Besteller entstandenen Schaden ersetzen. Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß der Unternehmer - in Zeiten der vollen Auftragsbücher - möglicherweise die Kapazität seines Betriebes über längere Zeit verdisponiert hat; eine unvorhergesehene Neuherstellung könnte seine Disposition durcheinander und ihn in erhebliche Schwierigkeiten bringen.

Im übrigen darf folgender Umstand nicht außer Betracht gelassen werden:

Sieht man von den juristischen Argumenten ab und geht man allein von der Möglichkeit aus, es bestünde unter

9) Oertmann, Kommentar § 633 Anm. 2 h

10) Auch Frye S. 22 weist auf diese Gefahr bei ~~wieder-~~holter Herstellung hin.

Wahrung aller Interessen des Bestellers die Möglichkeit einer Neuherstellung, steht der Unternehmer vor folgender Alternative: bleibt er untätig, besteht die Gefahr, daß er infolge Wandlung des Bestellers keine Gegenleistung erhält; nutzt er jedoch die Möglichkeit zur Neuherstellung, hat er die Chance, seinen vollen Vergütungsanspruch zu behalten.

Allein die Existenz der dem Besteller zustehenden Rechtsbehelfe wird also auf den Unternehmer einen gewissen Druck ausüben und ihn in vielen Fällen veranlassen, ohne Rücksicht auf die Rechtslage das Werk erneut herzustellen, wenn der Besteller auf Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung zur Herstellung eines mangelfreien Werkes besteht. Je nachdem wird er hierzu allein aus dem Gesichtspunkt einer guten "Kundepflege" bereit sein.

Die Fälle, in denen ein Neuherstellungsanspruch wirklich aktuell und von Bedeutung wird, schrumpfen daher noch mehr zusammen.

II. Verschiedentlich ¹¹⁾ wird argumentiert, die Neuherstellungspflicht des Unternehmers rechtfertige sich damit, daß der Unternehmer so seinen Vergütungsanspruch behalte. Dieses Argument ist bereits deshalb schwach, weil es genügen würde, dem Unternehmer lediglich ein Recht auf Neuherstellung einzuräumen. Darüberhinaus ist das ausdrückliche Motiv dieser Ansicht, es sei nicht immer sicher, ob der Unternehmer alsbald wieder einen Auftrag einbekomme, durch die Entwicklung der letzten 25 Jahre überholt.

11) Dinse S. 56; Wasmer S. 21

III. Es mag zwar sein, daß der Besteller in gewissen Fällen ein dringendes Interesse an einer Neuherstellung hat. Dem stehen jedoch gewichtige Interessen des Unternehmers gegenüber. Da die Interessen des Bestellers durch eine ganze Palette von Ansprüchen in §§ 633 ff BGB genügend geschützt sind, würde es nicht gerechtfertigt sein, die Interessen des Unternehmers noch mehr einzuschränken.

§ 19 Der Erfüllungsanspruch bei Untergang des
Werkes und bei Herstellung eines Aliud.

I. Der Untergang des Werkes vor Abnahme hat aus der Sicht des Bestellers die gleiche Wirkung, wie wenn der Unternehmer aus welchen Gründen auch immer das Werk nicht rechtzeitig herstellt. Entscheidend ist lediglich, daß der Unternehmer zum maßgeblichen Zeitpunkt keinen "Erfolg" i.S.d. § 631 BGB aufzuweisen hat. Es gilt also § 636 BGB unmittelbar, allerdings unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß ein neuer Herstellungsversuch überhaupt noch möglich ist; liegt Unmöglichkeit einer Neuherstellung vor, also insbesondere beim "reinen Werkvertrag", richtet sich die Verantwortlichkeit des Unternehmers nach §§ 323/325 BGB, je nachdem, ob der Unternehmer den Untergang zu vertreten hat oder nicht.

Demzufolge wird der Erfüllungsanspruch des Bestellers durch den Untergang des Werkes vor Gefahrübergang nicht berührt.

II. Stellt der Unternehmer ein anderes als das versprochene Werk her, hat er damit seiner Erfüllungspflicht aus § 631 BGB nicht genügt. Es leuchtet daher ohne weiteres ein, daß der Besteller seinen ursprünglichen Erfüllungsanspruch behält.¹²⁾

Wir stoßen also hier auf die gleiche Grenze, die §§ 633 II ff BGB und § 636 BGB trennt: §§ 633 II ff setzen voraus, daß der Unternehmer das versprochene Werk als solches hergestellt hat, das Werk jedoch mit Mängeln behaftet ist, während § 636 eine nicht recht-

12) Wie beim Gattungskauf hat der Besteller das Recht, das Werk zu behalten und die Ansprüche aus §§ 633 ff BGB geltend zu machen.

zeitige Herstellung voraussetzt, ohne daß es dabei auf Mängel ankommt.

Diese Grenze ist theoretisch sicher zu ziehen, in der Praxis können zugegebenermaßen Zweifelsfälle auftauchen. Maßgeblich ist dann, ob das hergestellte Werk mit dem bestellten in sovielen Merkmalen übereinstimmt, daß ein objektiver Dritter, der die Bestellung kennt, die Nämlichkeit des hergestellten mit dem bestellten Werk feststellen kann. Dabei kommt es nicht auf die Funktionsfähigkeit und -tüchtigkeit an; denn diese Merkmale fallen bereits in das Gebiet der Mangelhaftigkeit. Die größte Zahl der Zweifelsfälle kann demnach allein danach entschieden werden, ob das hergestellte Werk in seiner äußeren Form dem versprochenen entspricht ¹³⁾ 14).

-
- 13) Die Kriterien für das Vorliegen eines aliuds sind also andere als diejenigen, die die h.A. für den Abnahmebegriff aufstellt, wenn sie dort die Billigung des Werkes als in der Hauptsache ordnungsgemäß verlangt.
- 14) Die Ansicht Sibers (Schuldrecht S. 342 § 62 Anm. 11, S. 336 § 62/II 1), ihm folgend Ruckdeschel S. 32 ff, jeder (unheilbare) Fehler mache das hergestellte Werk zu einem "aliud", widerspricht dem normalen Sprachgebrauch, der durchaus zwischen mangelhafter Herstellung und der Herstellung eines völlig anderen Werkes unterscheidet. Außerdem hat diese Ansicht § 634 II gegen sich: wenn das Gesetz bei Unmöglichkeit der Mängelbeseitigung den Weg zu den Rechten aus §§ 634/635 BGB ohne die sonst notwendige Fristsetzung eröffnet, bedeutet das, daß es ein mit unheilbaren Mängeln behaftetes Werk gleichsetzt mit einem Werk, dessen Mängel zwar beseitigt werden könnten, jedoch trotz Fristsetzung vom Unternehmer nicht beseitigt wurden; das Gesetz sieht also im Ergebnis kein Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Mängeln.

III. Aus der Bejahung eines "Neuherstellungsanspruchs" im Falle eines Untergangs vor Gefahrübergang und einer Aliud-Herstellung und der Verneinung des Neuherstellungsanspruchs im übrigen kann nicht der Vorwurf der Inkonsequenz erhoben werden.

Wie immer wieder betont wurde, setzen die Sondervorschriften der §§ 633 ff BGB die Herstellung des versprochenen Werkes voraus, sie regeln nur die Folgen dessen Mangelhaftigkeit. Die Folgen eines vorzeitigen Untergangs und die der Herstellung eines völlig anderen als des versprochenen Werkes werden von diesen Sondernormen nicht berührt, so daß also die allgemeinen Vorschriften zum Zuge kommen.

§ 20 Die Anwendbarkeit des § 320 BGB.

Nach § 320 I 1 BGB kann derjenige, der aus einem gegenseitigen Vertrag verpflichtet ist, die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern.

I. Die Einrede aus § 320 BGB vor Abnahme.

Nach § 641 BGB ist der Werklohn erst bei Abnahme fällig. Der Unternehmer ist also vorleistungspflichtig. Abzunehmen braucht der Besteller aber nur ein mangel freies Werk; denn § 640 BGB verpflichtet (nur) zur Abnahme des "vertragmäßig hergestellten Werkes". Ein mangelhaftes Werk ist jedoch nicht vertragsgemäß.

Klagt demnach der Unternehmer, der ein fehlerbehaftetes Werk herstellte, vor Abnahme auf Zahlung des Werklohns, macht er eine noch nicht fällige Leistung geltend. Da die Fälligkeit jedoch zu den klagbegründeten Tatsachen gehört, ist seine Klage ohne weiteres abzuweisen¹⁵⁾. § 320 BGB ist also im Grunde hier nicht einschlägig, weil er (stillschweigend) die Fälligkeit der beiderseitigen Leistungen voraussetzt, was sich bereits aus dem Gegenseitigkeitsverhältnis der Ansprüche ergibt¹⁶⁾.

Hierauf kommt es jedoch nicht entscheidend an. Praktisch bedeutsamer ist der Umstand, daß jedenfalls die regelmäßige Folge der Einrede des nichterfüllten Vertrages,

15) Vergl. Palandt-Dankelmann/Heinrichs § 322 /3a

16) Palandt-Dankelmann/Heinrichs § 320 /2 c; im Ergebnis ebenso Oertmann § 633 /2 b, der die Bedeutung des § 320 wegen § 641 erst für die Zeit nach Abnahme anerkennt.

nämlich die Verurteilung "Zug um Zug" gemäß § 322 BGB, nicht in Betracht kommt ¹⁷⁾. Da der Besteller ein mangelhaftes Werk nicht anzunehmen braucht, befindet er sich bei dessen Ablehnung auch nicht in Annahmeverzug nach § 293 BGB ¹⁸⁾. Weil der Unternehmer vorleistungspflichtig ist, ist demnach aus § 322 II BGB der Umkehrschluß zu ziehen und die Klage in vollem Umfang abzuweisen ¹⁹⁾.

Ist das Werk unheilbar mangelhaft, eine vollständige Erfüllung also nicht mehr möglich, kann sich der Besteller nicht mehr lediglich auf die Einrede des § 320 BGB berufen. Da feststeht, daß das Ziel des Werkvertrages nie voll erreicht werden wird, kann das Vertragsverhältnis nicht mehr auf der primären Erfüllungsebene, sondern nur noch auf der sekundären Ebene der Gewährleistung abgewickelt werden. Der Besteller muß sich also für Wandlung, Minderung oder Schadenersatz entscheiden.

II. Hat der Besteller das Werk abgenommen, kann der Unternehmer seine Vergütung verlangen, § 641 BGB. Andererseits hindert die Abnahme den Besteller nicht, vom Unternehmer Mängelbeseitigung zu verlangen ²⁰⁾. Hier

17) Siehe hierzu OLG Nürnberg OLGZ 67 Nr. 129 S. 405

18) Unbestr., vergl. OLG Nürnberg aaO; Korintenberg, Erfüllung und Gewährleistung, S. 206 f.

19) OLG Nürnberg aaO

20) Unbestr., vergl. BGHZ 26/337;

Larenz, Schuldrecht II, S. 227 § 49 II Anm. 1;

Soergel-Ersiek-Mühl § 633 Anm. 3;

Korintenberg, Diss., S. 334; A.A. Lotmar II S. 669, der auch insoweit die Regelung in den §§ 633 II ff für abschließend hält, außerdem dürfe das Rechtsverhältnis der Parteien nicht in der Schwebe bleiben.

liegt also die Bedeutung der Einrede aus § 320 BGB.

Wie gezeigt wurde, ist der Mängelbeseitigungsanspruch seiner Natur nach ein Erfüllungsanspruch. Es besteht daher kein Anlaß, dem Besteller die Berufung auf § 320 BGB zu versagen. Denn § 320 BGB setzt ja, wie sein Abs. II zeigt, nicht voraus, daß die Gegenleistung ihrem gesamten Umfang nach ausstehen muß.

Zu prüfen bleibt, ob und unter welchen Voraussetzungen Abs. II des § 320 BGB Anwendung findet, also ob eine mangelhafte Herstellung eine teilweise Leistung im Sinne dieser Vorschrift ist.

- 1.) Sicherlich ist unter "teilweise Leistung" ein quantitativ abgegrenzter Bruchteil der Gesamtleistung zu verstehen. Liefert beispielsweise eine Druckerei statt der versprochenen 500.000 Prospekte lediglich 300.000 und nimmt der Besteller die Teilleistung an, - obwohl er sie nach § 266 BGB nicht anzunehmen brauchte -, ist leicht anzunehmen, daß der Besteller nicht in jedem Falle jegliche Zahlung verweigern kann, daß er vielmehr die Teilleistung grundsätzlich zu bezahlen hat. Das gilt insbesondere dann, wenn bereits feststeht, daß er die Teilleistung nach § 323 I, letzter Halbsatz, § 325 I 2, 326 I 3 BGB behalten muß.
- 2.) Wie steht es aber, wenn die Leistung nicht quantitativ, sondern qualitativ von der versprochenen abweicht?

a) Die gleichen Gründe, mit denen bei § 636 BGB die Gleichsetzung von teilweiser und mangelhafter Herstellung abgelehnt wurde, gelten auch hier. Es ist also scharf zu trennen, ob das Werk hinter dem vereinbarten Ziel in quantitativer oder qualitativer Hinsicht zurückbleibt.

b) Hat das Werk einen Mangel, der nicht nur unerheblich i.S.d. § 634 III BGB ist, steht dem Besteller die Möglichkeit zu wandeln zu; zum wirtschaftlich gleichen Ergebnis kann er unter gewissen Voraussetzungen auch bei der Abwicklung seines Schadensersatzanspruches nach § 635 BGB kommen. Wandlung führt stets, Schadensersatz je nachdem, zur Rückabwicklung des Vertrages.

Wenn nun aber nicht feststeht, ob der Besteller die "Teilleistung" behalten muß, kann er auch nicht verpflichtet sein, für sie zu bezahlen; denn sonst würde ihm im Falle, daß der Unternehmer später zur Beseitigung nicht in der Lage ist oder sie verweigert, das Insolvenzrisiko des Unternehmers aufgeladen. Eine Rückgängigmachung des Vertrages nützt dem Besteller nichts, wenn der Unternehmer nicht mehr in der Lage ist, die Zahlungen des Bestellers zurückzuerstatten.

Es ist also nicht ganz zutreffend, wenn die h.A. darauf abstellt, ob die zurückgehaltene Leistung unter Berücksichtigung von Treu und Glauben nicht außer Verhältnis zur Schwere des Mangels steht. Dem ist nur zuzustimmen, wenn etwa der Mangel nicht erheblich ist, demnach nur Wandlung entfällt, weil beispielsweise die gegenseitigen Leistungen nicht mehr zurückgewährt werden können, wie es sehr oft im Baurecht der Fall ist. Diese Ansicht gilt also nur unter der Voraussetzung, daß der Besteller die Leistung des Unternehmers zumindest teilweise behalten und hierfür eine Gegenleistung erbringen muß, mag diese entweder nach § 634 BGB gemindert sein, sich aus dem Saldo bei der Berechnung der Schadenshöhe in § 635 BGB oder aus dem Interessenausgleich des § 346 II BGB ergeben.

§ 21 Die Anwendbarkeit des § 286 BGB.

I. Solange das Werk noch nicht hergestellt ist, ist gemäß § 636 BGB die Anwendbarkeit des § 286 BGB problemlos.

II. Ist das Werk jedoch hergestellt, handelt es sich also nur noch um die Mängelbeseitigung, ist fraglich, ob § 286 BGB neben den Sondervorschriften der §§ 633 II ff BGB noch Platz hat.

1.) Gegen eine Anwendbarkeit spricht der Schluß aus § 636 I 2 BGB, wie oben näher ausgeführt. Dieses Argument wird verstärkt durch § 633 III BGB, der bei Verzug des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung dem Besteller das Recht gibt, den Mangel selbst zu beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen zu verlangen; denn wenn das Gesetz zwischen nicht rechtzeitiger und fehlerhafter Herstellung unterscheidet, im ersteren Falle ausdrücklich die Rechte aus den allgemeinen Verzugsbestimmungen bestehen läßt, im zweiten Falle bei Verzug des Unternehmers lediglich das Selbstbeseitigungsrecht gibt, muß an sich angenommen werden, das Gesetz wolle in jenem Falle den Besteller auf dieses Recht beschränken.

Außerdem könnte gesagt werden, der Besteller sei durch §§ 634/635 BGB genug geschützt, da - wie nachgewiesen wurde - § 635 BGB a u c h die Fälle des Verzugs des Unternehmers mit der Mängelbeseitigung umfaßt.

2.) Demgegenüber besteht jedoch ein unabweisbares Bedürfnis, den Besteller vor nachteiligen Folgen der Säumnis eines Unternehmers zu schützen.

a) Das Selbstbeseitigungsrecht des Bestellers hilft in den meisten Fällen nicht schnell genug. Der Besteller wird nur ausnahmsweise in der Lage sein, persönlich den Mangel zu beseitigen. Meist wird er darauf angewiesen sein, ihn durch einen anderen Unternehmer beheben zu lassen. Dabei ist es schon schwierig genug, einen Handwerker zu finden, der lediglich die Fehler - möglicherweise nur unbedeutende - seines Kollegen auszubessern hat. Aber selbst wenn ein anderer Unternehmer gefunden wird, wird dieser kaum sofort zur Stelle sein, der Besteller wird vielmehr eine Weile warten müssen, bis er an die Reihe kommt.

b) Der Besteller kann Schadensersatz nach § 635 BGB grundsätzlich nur dann geltend machen, wenn er gemäß § 634 I 1 BGB eine Frist zur Mängelbeseitigung mit Ablehnungsandrohung gestellt hat. Nach § 634 I 3 BGB, letzter Halbsatz, ist nach Ablauf der Frist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels ausgeschlossen.

Der Besteller kann jedoch sehr daran interessiert sein, sich dem Unternehmer gegenüber den Anspruch auf Mängelbeseitigung zu erhalten und trotzdem den Verzugschaden ersetzt zu bekommen.

Demnach ist § 635 BGB oftmals nicht der richtige Schutz für den Besteller ²¹⁾.

21) a.A. Lotmar II S. 668, der den Schadensersatzanspruch aus § 635 n e b e n den Mängelbeseitigungsanspruch gibt.

Dem steht jedoch entgegen, daß § 635 nur dann gegeben ist, wenn die Voraussetzungen des § 634, also grundsätzlich Fristsetzung, vorliegen; da nach Ablauf der Frist der Mängelbeseitigungsanspruch erlischt, schließen sich dieser und der Schadensersatzanspruch in § 635 gegenseitig aus.

3.) Diese Interessenlage rechtfertigt die Anwendung des § 286 BGB, soweit er Ersatz des Verzugsschadens gewährt, also Abs. I.

Es bestehen keine schwerwiegenden dogmatischen Bedenken, weil §§ 634/635 BGB das Erlöschen des Mängelbeseitigungsanspruchs, § 286 BGB aber gerade dessen Existenz voraussetzen; §§ 634/635 BGB und § 286 BGB betreffen also verschiedene Tatbestände.

Abs. II kann dagegen keine Anwendung finden.

Bei gegenseitigen Verträgen wird Abs. II durch § 326 II BGB verdrängt ²²⁾. Wie bereits nachgewiesen, entspricht § 326 II BGB dem § 635 BGB in Verbindung mit § 634 II BGB, so daß also § 635 § 286 II BGB verdrängt.

22) Unbestr., vergl. Palandt § 286 Anm. 1

Lebenslauf

Ich wurde am 3.9.1939 in Stuttgart-Bad-Cannstatt geboren.

Nach dem Besuch der Volksschule und des Gottlieb Daimler Gymnasiums in Stuttgart-Bad-Cannstatt bestand ich 1958 die Reifeprüfung.

Mein juristisches Studium an den Universitäten Tübingen und München schloß ich dort im März 1963 mit dem ersten Staatsexamen ab.

Nach meiner Referendarausbildung in Bayern und Baden-Württemberg legte ich im Dezember 1967 das zweite Staatsexamen ab.

Seit Januar 1968 bin ich Rechtsanwalt beim Landgericht Stuttgart.
